

AMT UND ARBEITSPLATZ
VON BETRIEBSRATSMITGLIEDERN

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen
Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

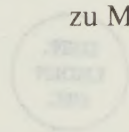
vorgelegt von
Wolfgang Küchenhoff
Rechtsanwalt
aus Dortmund

Münster 1982

AMT UND ARBEITSPLATZ
VON BETRIEBSRATSMITGLIEDERN

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen
Grades eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von
Wolfgang Küchenhoff
Rechtsanwalt
aus Dortmund

Münster 1982



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Achterberg
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schnapp
Dekan: Prof. Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen Prüfung: 2.7.1982

Meinen Eltern

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...
8. ...
9. ...
10. ...
11. ...
12. ...
13. ...
14. ...
15. ...
16. ...
17. ...
18. ...
19. ...
20. ...
21. ...
22. ...
23. ...
24. ...
25. ...
26. ...
27. ...
28. ...
29. ...
30. ...
31. ...
32. ...
33. ...
34. ...
35. ...
36. ...
37. ...
38. ...
39. ...
40. ...
41. ...
42. ...
43. ...
44. ...
45. ...
46. ...
47. ...
48. ...
49. ...
50. ...
51. ...
52. ...
53. ...
54. ...
55. ...
56. ...
57. ...
58. ...
59. ...
60. ...
61. ...
62. ...
63. ...
64. ...
65. ...
66. ...
67. ...
68. ...
69. ...
70. ...
71. ...
72. ...
73. ...
74. ...
75. ...
76. ...
77. ...
78. ...
79. ...
80. ...
81. ...
82. ...
83. ...
84. ...
85. ...
86. ...
87. ...
88. ...
89. ...
90. ...
91. ...
92. ...
93. ...
94. ...
95. ...
96. ...
97. ...
98. ...
99. ...
100. ...



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554825_0022

G l i e d e r u n g :

Seite

I

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

VIII

Literaturverzeichnis

XIII

Erstes Kapitel: Untersuchungsmethode,
-gegenstand, -mittel
und -ziel

I.	Untersuchungsmethode:	1
	Das Gesetz als Grundlage	
II.	Untersuchungsgegenstand:	2
	Der Betriebsrat in der Betriebs- verfassung	
1.	Die Betriebsverfassung als Organisationsgrundlage eines privatrechtlichen Bereichs	2
2.	Entwicklung allgemeiner ver- fassungsrechtlicher Grundsätze im Hinblick auf die Betriebs- verfassung	3
3.	Die Betriebsverfassung als ge- sellschaftliche Ordnung	7
a.	Die Besonderheiten des gesellschaftlichen Bereichs zwischen Individuum und Staat	7
b.	Die gesellschaftliche Ordnung in der Dreigliederung des menschlichen Lebens und Zu- sammenlebens	8
c.	Das Sozialrecht als Ordnung des gesellschaftlichen Zwi- schenbereichs	19

	Seite
III. Untersuchungsmittel und Untersuchungsziel	31
1. Die Auswirkungen des Sozialitätsprinzips	31
a. Die Sozialpartnerschaft	31
b. Das Subsidiaritätsprinzip	34
2. Das Zusammentreffen individueller, gesellschaftlicher (sozialer) und staatlicher Bezüge auf den Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder	37
3. Der Versuch einer ganzheitlichen Dreibereichstheorie	39

Zweites Kapitel: Durchführung des Sozialitätsprinzips im Amt der Betriebsratsmitglieder

I. Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder	41
1. Der Begriff der Rechtsstellung	41
2. Der Begriff des Amtes	44
a. Definition des Amtsbegriffs	44
b. Amtsbegriff nach Hans J. Wolff	45
3. Amtsbegriff im Betriebsrat	49
a. Die Anwendungen des allgemeinen Amtsbegriffs	49
b. Das privatrechtliche Gepräge des betriebsverfassungsrechtlichen Amtsbegriffs	50
c. Der spezielle Amtsbegriff beim Betriebsrat	51
4. Betriebsratswahlen im Zusammentreffen individual- und sozialrechtlicher Prinzipien	69

	Seite
a. Grundsätzliche Bedeutung des Wahlverfahrens	69
b. Wahlhandlung als individueller Akt	71
c. Beschränkte Beteiligung der Gewerkschaften	72
d. Mitwirkung des Gerichts	73
5. Zusammenfassung	75
6. Stellung des Betriebsratsvorsitzenden	77
a. Wahl des Betriebsratsvorsitzenden	78
b. Abwahl des Betriebsratsvorsitzenden	81
7. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern	83
II. Die Haftung der Betriebsratsmitglieder	86
1. Haftungsfragen	86
a. Praktisches Vorkommen und faktische Möglichkeiten	87
b. Rechtsgrundlagen für die Haftung von Betriebsratsmitgliedern	88
III. Die Rechtsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder	94
1. Beispiele für die Haftung von Betriebsratsmitgliedern	96
2. Folgerungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis bei der Betriebsrätehaftung	98

Drittes Kapitel: Die Sicherung der Rechts-
stellung der Betriebsräte

I.	Sicherung des Betriebsrates in Ganzem	103
II.	Sicherung der einzelnen Betriebsrats- mitglieder	104
III.	Pflichtverletzungen des Arbeitgebers	106
1.	Pflichtverletzungen nach § 23 Abs. 3 BetrVG	106
2.	Pflichtverletzungen nach § 101 BetrVG	110
3.	Der Arbeitgeber im Ordnungswidrig- keitsverfahren	111
a.	Die Verfassungsmäßigkeit von § 23 Abs. 3 BetrVG	111
b.	Die Einbeziehung des Arbeit- gebers in den überindividuellen Betriebs- und Sozialbereich	112
c.	Zusammenfassung	114

Viertes Kapitel: Die Sicherung der Belegschaft
im Verhältnis zum Betriebsrat

I.	Sicherung auf der Grundlage von § 2 BetrVG	115
II.	Sicherung der Belegschaft durch Mißtrauens- votum nach § 23 Abs. 1 BetrVG	116
1.	Der formelle Mißtrauensantrag	116
2.	Der Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG materiell als Mißtrauensvotum	117
a.	Der Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG materiell als Miß- trauensvotum	117

	Seite
b. Betriebsverfassungsrechtlicher Begriff des Mißtrauensvotums	117
c. Die Verbindung des Sozialitätsprinzips mit dem Prinzip der Selbstreinigung von Korporationen und Gruppen	118
3. Neuwahl nach Auflösung des Betriebsrats	119
III. Die Betriebsversammlung	121
1. Einberufung der Betriebsversammlung	122
2. Ablauf der Betriebsversammlung	124
3. Bedeutung der Versammlung im Rahmen des Sozialitätsprinzips	126

Fünftes Kapitel: Der Schutz des Arbeitsplatzes der Betriebsratsmitglieder

I. Schutz im individualrechtlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers	128
1. Gesetzesgrundlagen für das Kündigungsrecht des Arbeitgebers	128
a. Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers	129
b. Die Kündigung nach § 104 BetrVG	137
2. Der Beschäftigungsanspruch nach der Kündigung	139
3. Die Kündigung nach § 103 BetrVG	149
II. Schutz im sozialrechtlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers	153
1. Die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG	153

	Seite
2. Die Erweiterung des Rates zur Mitbestimmung (Zustimmung) nach § 15 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG nebst staatlichem Zustimmungssersatz	157
a. Der Begriff der Zustimmung	158
b. Der Zeitpunkt der Zustimmung	162
c. Zusammenfassung	176
III. Schutz im staatlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers	177
1. Die Kündigungsschutzklage	177
2. Frage der Gerichtsbindungen	180
a. Eingrenzung der Problematik	180
b. Die Streitfrage nach der Bindung	181
3. Lösungsvorschlag	183

Sechstes Kapitel: Amt und Arbeitsplatz der Betriebsräte im Rechtssystem

I. Bestätigung der Dreigliederung, Individuum, Gesellschaft, Staat im Betriebsleben	203
II. Die Dreigliederung in der Einheit des Sozialitätsprinzips	204
III. Das Sozialitätsprinzip im Rechtsverhältnis	205
1. Die Theorie der Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung (Achterberg)	205
2. Die Gliederung der Rechtsverhältnisse entsprechend der Dreigliederung	206

	Seite
3. Die Durchführung der Gliederung im Betriebsleben	207
 ABSCHLUSS: Die wechselseitige Bedeutung der Theorie der Rechtsverhältnisse und der Einsicht in die Struktur der Betriebsverfassung im Rahmen von Amt und Arbeitsplatz der Be- triebsratsmitglieder	 209

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S
=====

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei, Loseblattsammlung für die Arbeitsrechtspraxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz v. 3.9. 1953 (BGBl. I S. 1267)
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)

Ausschußbericht	Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes und über den von der Fraktion der CDU/CSU eingebrachten Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmung
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
Begr.Reg.E	Amtliche Begründung des Entwurfs eines Betriebsverfassungsgesetzes
Beschl.	Beschluß
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 15.1.1972 (BGBl. I S. 13)
BetrVG 52	Betriebsverfassungsgesetz v. 11.10.1952 (BGBl. I S. 681)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. S. 195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B1	Blatt
B1StSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAR	Deutsches Arbeitsrecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.,	folgende Seite(n)
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1)
GVBl	Gesetzes- und Verordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung

hrsg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
KSchG	Kündigungsschutzgesetz v. 25.8.1969 (BGBl. I S. 1317)
LAG	Landesarbeitsgericht
Lb.	Lehrbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochen- schrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeit- schrift)
RegBl	Regierungsblatt

RegE	Regierungsentwurf
h.Rspr.	herrschende Rechtsprechung
Rspr.	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S.	Seite, Satz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
u.	und
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VO	Verordnung
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S
=====

- ACHERBERG Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen, Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, München 1977, S. 1 ff.
- Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht in JA 1980, S. 210 ff.
- Grundzüge des Parlamentsrechts München 1971
- Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, Prolegomena zu einer Rechtsverhältnistheorie, in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Sozialogie des Rechts, Herausgegeben von Karl Engisch, H.L.A. Hart, Hans Kelsens, Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper, 1978, S. 385 ff.
- ADOMEIT Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1971, S. 2360 ff.
- Kündigungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1972, S. 392
- AUFFARTH Mitbestimmung und Kündigung, in Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 10, S. 71 ff., Berlin 1973
- AUFFARTH-MÜLLER Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 1960
- BÄCHLE Der Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses, in NJW 1979, S. 1693 ff.

- BACHOF Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in Veröffentlichungen deutscher Staatsrechtslehre, Heft 30 S. 194 ff.
- BALLERSTEDT Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151, S. 501 ff.
- BALLWEG Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 57, Basel 1960
- BECKER Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Neuwied und Berlin 1974
- Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer, in BlStSozArbR 1972, S. 129 ff.
- BEER Über den Betriebsfrieden, in AuR 1958, S. 236 ff.
- BECKER-LEIMERT Die Stellung der Gewerkschaften nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in BlStSozArb 1972, S. 37 ff.
- BERTERMANN Die Freistellung der Betriebsratsmitglieder zur Durchführung ihrer Betriebsaufgaben, in BlStSozArbR 1955, S. 140
- BLEISTEIN Die neue Betriebsverfassung, Leitfaden für die Praxis, Bonn 1972
- BRECHT Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, Herne-Berlin 1972
- BREDE Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Lichte des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, in BlStSozArbR 1973, S. 17 ff.

- BRILL Die Einigungsstelle nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in BA 1972, S. 178
- Die neue Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz, in BB 1973, Beilage 15
- BUCHNER Reform des Betriebsverfassungsrechts, in: Die Aktiengesellschaft 1971, S. 135 ff und 189 ff.
- BÜHRING Handbuch der Betriebsverfassung, Köln 1953
- Abstimmung über Gruppen oder Gemeinschaftswahl und abweichende Verteilung der Betriebsratsmitglieder, in AuR 1953, S. 138 ff.
- BÜRGER-OEHMANN-STÜBING Handwörterbuch des Arbeitsrechts, 3. Auflage Wiesbaden 1972
- BULLA Vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, in RdA 1965, S. 121 ff.
- DÄUBLER Das Arbeitsrecht, Band I, 1976
- DERSCH-VOLKMAR Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, Berlin-Frankfurt 1955
- DIETZ Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München und Berlin 1967
- DIETZ-NIKISCH Arbeitsgerichtsgesetz, München und Berlin 1954
- DIETZ-RICHARDI Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 5. Auflage, München 1973
- DÜTTMANN-ZACHMANN Die Wahl nach dem Betriebsverfassungsgesetz, 1972
- Aufgaben und Geschäftsführung des Betriebsrates, München 1973

- DÜTZ Zwangsschlichtung im Betrieb - Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, in DB 1972, S. 383 ff.
- Einstweiliger Rechts- und Interessenschutz in der Betriebsverfassung, in ZfA 1972, S. 247 ff.
- ERMAN BGB Handkommentar, 6. Auflage, Münster 1975
- ERDMANN Betriebsverfassungsgesetz, 2. Auflage 1954
- ERICHSEN-MARTENS Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/New York 1975, S. 435 ff.
- ETZEL Der besondere Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder und andere Arbeitnehmer, die Aufgaben der Betriebsverfassung wahrzunehmen in B1StSozArbR 1972, S. 86 ff.
- Die außerordentliche Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1973, S. 1017 ff.
- Betriebsverfassungsgesetz, Eine systematische Darstellung, 1977
- FABRICIUS-KRAFT-THIELE-WIESE Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, Bd. 1 und 2, Neuwied und Berlin 1973
- FALKENBERG Ausgewählte Probleme aus dem Betriebsverfassungsgesetz 1972, in DB 1972, S. 774 ff.
- FIKENTSCHER Schuldrecht, 2. Auflage, Berlin 1969.
- FITTING Die Grundzüge des neuen Betriebsverfassungsrechts, in BAB1 1972, S. 276 ff.

- FITTING-AUFFARTH-KAISER Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 12. Auflage, München 1977
- FITTING-KRAEGELOH-AUFFARTH Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar für die Praxis, Berlin und Frankfurt a.M. 1970
- FRANTZEN Rechtserziehung, Versuch einer theoretischen Grundlegung, Diss. Bonn 1980
- FRAUENKRON Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1972
- FREESE Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden?, in BB 1973, S. 665 ff.
- FREITAG Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis, Diss. Regensburg 1972
- FREY Die Zustimmung des Betriebsrats zu personellen Maßnahmen, in BB 1972, S. 923 ff.
- FORSTHOFF Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, München-Berlin, 3. Auflage 1973
- FUCHS Zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 BetrVG, in AuR 1973, S. 174 ff.
- GALPERIN Betriebsverfassungsgesetz und betriebliche Partnerschaft, in RdA 1962, S. 366 ff.
- Das Betriebsverfassungsgesetz 1972, Leitfaden für die Praxis
- GALPERIN-LÖWISCH Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, Heidelberg 1975

- GALPERIN-SIEBERT Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, Heidelberg 1963
- GESTER Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat, 1960
- Zur Rechtsnatur des Betriebsrates, in RdA 1960, S. 406 ff.
- GNADE Die Einigungsstelle nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz in AuR 1973, S. 43 ff.
- GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, Köln 1972
- GRÖBLING Zur "vertrauensvollen Zusammenarbeit" nach § 49 BetrVG und § 55 PersVG, in AuR 1969, S. 42 ff.
- GROSS Das Hausrecht des Arbeitgebers in der Betriebsversammlung, in RdA 1959, S. 92 ff.
- Die Nachprüfbarkeit von Beschlüssen des Betriebsrats durch das Arbeitsgericht, in AuR 1953, S. 71 ff.
- GROSSMANN-SCHNEIDER-FRIEDRICH Arbeitsrecht, 3. Auflage Bonn 1974
- GRUNSKY Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung, NJW 1979, S. 86 ff.
- GUMPERT Kündigung und Mitbestimmung, in BR 1972, S. 47 ff.
- HALBERSTADT Das Zusammenwirken zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, in BUV 1971 S. 73 ff.
- HALBERSTADT-ZANDER Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, 2. Auflage, Köln-Marienburg 1972

- HANAU Unklarheiten in dem Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes, in BB 1971, S. 485 ff.
- HANAU-ADOMEIT Arbeitsrecht, 4. Auflage, Frankfurt 1976
- HERSCHEL Die zeitliche Lage der Betriebsversammlung, in DB 1962, S. 237 ff.
- Zur Geheimhaltung der Betriebsratswahl, DB 1963, S. 1046 ff.
- Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, in RdA 1960, S. 121 ff.
- HERSEL Das Leiharbeitsverhältnis, in BB 1970, S. 307 ff.
- HEYNE, M. Deutsches Handwörterbuch, Hildesheim - New York 1970
- HUECK, A. Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, in RdA 1955, S. 323 ff.
- HUECK-NIPPERDEY Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Auflage, Berlin - Frankfurt a.M. 1963
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II. 1. Halbband, 7. Auflage, Berlin - Frankfurt a.M. 1967
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II, 2. Halbband, 7. Auflage, Berlin - Frankfurt a.M. 1970
- ISENSEE Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968
- JACOBI Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927
- JELLINEK Allgemeine Staatslehre, Darmstadt 3. Auflage, sechster Neudruck 1959

- KAMMANN-HESS-SCHLOCHAUER Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Darmstadt 1979
- KASKEL Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Auflage, Berlin 1928
- KELSEN Reine Rechtslehre, Wien 1934
- KALPPENBACH-STEINITZ Wörterbuch der Deutschen Gegenwartssprache, Berlin 1972
- KRAFT, Die konstituierende Sitzung des Betriebsrates, in AuR 1968, S. 66 ff.
- KREUTZ Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in B1SozArbR 1972, S. 44 ff.
- KÜCHENHOFF, G. Betriebsverfassungsgesetzkommentar, 3. Auflage, Münster 1978
- Rechtsbesinnung, Göttingen 1973
- LARENZ Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, 11. Auflage, München 1977
- LAUR Das Subsidiaritätsprinzip im Betrieb, Düsseldorf, 1955
- LEIPOLO Die Einigungsstellen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld 1973, S. 273 ff.
- LÖWISCH Regelungen sozialer Angelegenheiten im Betrieb, in BB 1961, S. 1200 ff.
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Grundgesetz, Kommentar, München 1979
- MAUS Handbuch des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Baden-Baden, Anm. 35 ff.

MEISEL

Die zeitliche Lage der viertel-jährlichen ordentlichen Betriebsversammlung, in BB 1962, S. 763 ff.

Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Auflage, Heidelberg 1974

Die Anhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, DB 1972, S. 1627 ff.

Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Änderungskündigungen, in BB 1973, S. 944 ff.

Die Anhörung des Betriebsrats vor einer außerordentlichen Kündigung nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1974, S. 138 ff.

METZMAIER

Die Eingliederungstheorie und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, Diss. Gießen 1968

MITTMANN

Rechtliche Probleme der Leiharbeit, Diss. Kiel 1972

MONJAU

Rechte und Pflichten des Wahlvorstandes, in DB 1963, S. 656 ff.

MÖLLER, F.

Die Rechtsnatur des Betriebsrates und des Personalrates und ihre Haftung, Diss. Würzburg 1958

MÖLLER, G.

Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis, in DB 1967, S. 903 ff. und S. 948 ff

Gegenstand und Verwirklichung des betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechts, in RdA 1969, S. 227 ff.

- MÜLLER, H.P. Die Bedeutung der Einschaltung des Betriebsrates für den Beginn der Ausschußfrist des § 626 Abs. II BGB
- von MUTIUS in Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.
- NEUMANN-DUESBERG, H. Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts, Berlin 1960
- Probleme des Betriebsverfassungsrechts, in RdA 1962, S. 404 ff.
- Das Rechtsverhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber und die Betriebsratshaftung in NJW 1954, S. 617 ff.
- NICKEL Anmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichtes vom 9.10.1975 in AP Nr. 8 zu § 626 BGB Ausschußfrist
- NIETHAMMER Die Rechtsstellung fristlos entlassener Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Kündigungsschutzstreites, in BB 1958, S. 1247
- NIKISCH Arbeitsrecht, Band I, 3. Auflage, Tübingen 1961
- Arbeitsrecht, Band II, 2. Auflage, Tübingen 1959
- Arbeitsrecht, Band III, 2. Auflage, Tübingen 1966
- NIPPERDEY Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, in DAR 1937, S. 142 ff.

- OTTO
Nochmals: Kündigungen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1972, S. 731 ff.

Einschränkungen des individuellen Kündigungsschutzes zustunden der Mitwirkung des Betriebsrats?, in DB 1973, S. 671 ff.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1975, in ZfA 1976, S. 370 ff.
- OTTOW
Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern, DB 1975, S. 646 ff.
- PALANDT
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 39. Auflage, München 1980
- PHILIPP
Ordentliche Kündigung und Auswahlrichtlinien, in BB 1972, S. 219 ff.
- POPP
Die Bestellung des Wahlvorstandes für die Betriebsratswahl durch die Betriebsversammlung, in DB 1959, S. 403 ff.
- RADBRUCH
Die Natur der Sache als juristische Denkform, in Festschrift für Lauun 1948, S. 157 ff.
- RADKE
Die Nachwirkungen des "Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit", in AuR 1965, S. 302 ff.
- REICHENBERGER
Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates bei Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, Diss. Würzburg 1963
- REWOLLE
Änderungskündigung und Mitbestimmung des Betriebsrats, in DB 1973, S. 185 ff.
- RICHARD
Anfechtung und Nichtigkeit der Betriebsratswahl, BetrR 1959, S. 27 ff.

- RICHARDI Die Wahl des Betriebsrates, in DB 1972, S. 483 ff.
- Die Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, in ZfA 1972, Sonderheft Mai
- Das Widerspruchsrecht des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen nach den §§ 99, 100 BetrVG, in DB 1973, S. 378 ff. und S. 428 ff.
- RICK Die unentgeltliche Wahrnehmung des Betriebsratsamtes, Betriebsverfassung, 1956, S. 33 ff.
- ROHLFING-REWOLLE Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, Frankfurt a.M. 1972
- ROTHE Das Recht der Betriebsversammlung, in BlStSozArbR 1960, S. 90 ff.
- RUFFNER Der Gesamtbetriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz, in DB 1953, S. 533 ff.
- RÜTHERS Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, in RdA 1968, S. 161 ff.
- Betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht und Individualbereich, in Rüthers-Boldt, Zwei arbeitsrechtliche Vorträge, München 1970, S. 7 ff.
- SÄCKER Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis, in RdA 1965, S. 372 ff.
- SAHMER Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1972
- SAUER System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2. Auflage, Basel 1949.

- SAX, W. jun. Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, Diss. Würzburg 1975
- SCHAMBECK Der Begriff der Natur der Sache. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Wien 1964
- SCHAUB Arbeitsrechtshandbuch, 3. Auflage, München 1977
- SCHLOCHAUER Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG 1972 in RdA 1973, S. 157 ff.
- SCHMITT, C. Verfassungslehre, München 1928, Neudruck Berlin 1954
- SCHNAPP Amtsrecht und Beamtenrecht, Berlin 1977
- Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 9.10.1977 - B R42/76 - in SGB 1978, S. 340 ff.
- Sozialrecht und Verwaltungsrecht - in SGB 1979, S. 200 ff.
- SCHNORR v. CAROLSFELD Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954
- SCHULDT Die Ersatzmitglieder im Betriebsrat, in AuR 1960, S. 227
- SIEBERT Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, in DAR 1937, S. 305 ff.
- Das Verfahren zur Geltendmachung von Mängeln einer Betriebsratswahl, in BB 1951, S. 254 ff.
- SOERGEL-SIEBERT Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Auflage, 1967

- SÖLLNER Zur vertrauensvollen Zusammenar-
beit zwischen Betriebsvertretung
und Arbeitgeber, in DB 1968,
S. 571 ff.
- Arbeitsrecht, 5. Auflage, 1976
- SORGE Die Haftung des Betriebsrates für
unerlaubte Handlungen, in AuR
1953, S. 272 ff.
- STAHLHACKE Kündigung und Kündigungsschutz
im Arbeitsverhältnis, 3. Auflage,
München 1977
- STAUDINGER Kommentar zum BGB, 12. Auflage,
Berlin 1977
- STEGE-WEINSPACH Betriebsverfassungsgesetz 1972,
Handbuch für die betriebliche Praxis
4. Auflage, Köln 1981
- STURM Die Einigungsstelle nach dem neuen
Betriebsverfassungsgesetz, in
AuR 1972, S. 276 ff.
- THIELE Die Zustimmung in der Lehre vom
Rechtsgeschäft, 1966
- TRAPPE Kündigung und Kündigungsschutz
im Arbeitsrecht, 2. Auflage, 1969
- UTZ Formen und Grenzen des Subsidia-
ritätsprinzip, Heidelberg 1956
- Sozialethik, Teil I, Die Prinzipien
der Gesellschaftslehre, in Samm-
lung Politica Band 10, Heidelberg-
London 1958
- VIERKANDT Der Dualismus im modernen Weltbild,
1923, S. 71 ff.
- VOGT Die Betriebsversammlung, 2. Auf-
lage 1972

- WAECHTER Die Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Störung des Betriebsfriedens gem. § 66 Abs. 4 BetrVG 52, B1StSozArbR 1954, S. 13 ff.
- Entlassung wegen Störung des Betriebsfriedens infolge unsozialen Verhaltens, DB 1961, S. 135 ff.
- WAGENER Schränkt das neue Betriebsverfassungsgesetz den individuellen Kündigungsschutz ein, in BB 1972, S. 1373 ff.
- WEBER Die Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes aus wichtigem Grund, in NJW 1973, S. 787 ff.
- WEHR Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, DB 1959, S. 276 ff.
- WENZEL Die einstweilige Verfügung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach neuem Recht, in DB 1972, S. 1290 ff.
- WEISEMANN Neue Aspekte bei der außerordentlichen Kündigung, in DB 1974, S. 2476
- WICHMANN Die Officialmaxime im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren, in AuR 1973, S. 202 ff.
- WIESE Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, S. 273 ff.
- WOLFF-BACHOF Verwaltungsrecht I, 9. Auflage München 1974
- Verwaltungsrecht II, 4. Auflage München 1976
- ZACHER Rechtswissenschaft und Sozialrecht, in Sozialgerichtsbarkeit 1979, S. 206 ff.
- ZÖLLNER Arbeitsrecht, 1. Auflage 1977

AMT UND ARBEITSPLATZ VON BETRIEBSRATSMITGLIEDERN

E r s t e s K a p i t e l

I. Untersuchungsmethode:

Das Gesetz als Grundlage

Die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972 (BGBl.I.S. 13 ff) über die Aufgaben und Befugnisse des Betriebsrats sind vielfach analysiert und erörtert worden. Einschlägige Darstellungen finden sich in den bereits vorhandenen großen und kleinen monographischen Arbeiten¹⁾ und in den bekannten Gesetzeskommentaren.²⁾ In der vorliegenden Arbeit soll jedoch versucht werden, aus dem Betriebsverfassungsgesetz allgemeine Prinzipien herzuleiten und entsprechend der Lehre von Achterberg über "Rechtsverhältnisse und Strukturmerkmale der Rechtsordnung"³⁾ (Rechtsverhältnistheorie) aus den

1) Z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage 1963; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 3. Auflage 1975, 8. u. 9. Buch

2) Z.B. Dietz-Richardi, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage 1973; Fitting-Auffarth-Kaiser, Das neue Betriebsverfassungsrecht, 1972 - Zur Geschichte vgl. die "Darstellung im Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnungen" von Dietz-Richardi, a.a.O., Vorbem. vor § 1 Rz 4 ff.

3) Norbert Achterberg, "Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung, Prolegomena zu einer Rechtsverhältnistheorie, 1978, S. 385 ff.

"normdeterminierten Rechtsverhältnissen" der Betriebsratsmitglieder folgenden "Gestaltungsbereich" Einsichten in das Wesen der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung zu gewinnen.

Maßgebend ist somit das geltende Betriebsverfassungsgesetz im Rahmen des Grundgesetzes.

Nur mit dieser vom Gesetz ausgehenden Methode sollen Einsichten gewonnen werden, die der Besonderheit des Betriebsverfassungsrechts entsprechen. Auch wird, soweit möglich, die Entwicklung des Gesetzes in der Rechtswirklichkeit zu beachten sein.

II. Untersuchungsgegenstand:

Der Betriebsrat in der Betriebsverfassung

1. Die Betriebsverfassung als Organisationsgrundlage eines privatrechtlichen Bereichs.

Geht man von dem im Gesetz als bekannt vorausgesetzten Begriff¹⁾ des "Betriebes" (§§ 1,2,4 BetrVG) und der systematischen Zuteilung der Betriebserscheinung in das Privatrecht aus, so ist das Betriebsverfassungsrecht die organisatorische Regelung eines privatrechtlichen Bereichs. Dieser ist auf bestimmte - in Arbeits- und Funktionsteilung zu bewältigende - Aufgaben

¹⁾ Vgl. Dietz-Richardi, a.a.O., § 1 BetrVG Rz 48

und Ziele ausgerichtet. Er ist tatsächlich und rechtlich ein innerlich zusammenhängender, sich in seinen Teilen wechselseitig bedingender und ergänzender Gesamtzusammenhang, insofern ein **Organismus**. Der Organismus, hier des Betriebes, ist Ausdruck einer bestimmten Organisation im je betrachteten Zeitabschnitt. Wenn nun, wie es beim Betrieb festgestellt wurde, der Organismus ein privatrechtlicher Bereich ist, so ist auch die den Organismus formende und im jeweils betrachteten Zeitabschnitt darzustellende Organisation als privatrechtlich anzusehen. Die Betriebsverfassung auf der Grundlage des Gesetzes vom 15. Januar 1972 ist infolgedessen privatrechtlicher¹⁾ Natur.

2. Entwicklung allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsätze im Hinblick auf die Betriebsverfassung.

Hierdurch werden indessen nicht Prinzipien und Formen ausgeschlossen, wie sie im Verfassungsrecht des Staates und der ihm eingegliederten juristischen Personen des öffentlichen Rechts entwickelt worden sind. Vielmehr liegt es sogar nahe, daß sich derartige Prinzipien

1) Ebenso im Ergebnis: Dietz-Richardi, a.a.O. § 1 Rz 25 ff, 38 ff mit eingehender Darstellung der (früheren) öffentlichrechtlichen und (heute herrschenden) privatrechtlichen Theorien zur Einordnung der Betriebsverfassung in den einen oder anderen Rechtsbereich des Systems.

und Formen, insbesondere die des sozialen Rechtsstaates (Art. 20, 28 GG), nicht nur in den innerstaatlichen öffentlichrechtlichen Körperschaften, sondern auch in privatrechtlichen Gebieten durchsetzen. Verfassungsrechtlich geboten wie in Art. 28 GG für die innere Ordnung von Ländern und Gemeinden ist aber die Strukturgleichheit für die Organisation privater Unternehmen und Betriebe nicht. Diesen steht vielmehr eine noch weitergehende Selbstgestaltung und Selbstverwaltung als den öffentlichrechtlichen Körperschaften innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu, was sich schon daraus ergibt, daß natürliche und juristische Personen (s. zu diesen Art. 19 Abs. 3 GG) des Privatrechts, im allgemeinen nicht aber die des öffentlichen Rechts als sog. Hoheitsträger¹⁾ "grundgesetzlich gewährte" Rechte haben.

Ogleich somit im Unterschied zu den öffentlichrechtlichen Korporationen kein Zwang zur Beachtung bestimmter Organisationsgrundsätze für natürliche oder juristische Personen des Privatrechts als Betriebsinhaber angeordnet ist, entspricht es doch der politischen Bedeutung der in Art. 28 GG genannten Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaates, daß sie in

1) Herrschende Ansicht, vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Kommentar zum Grundgesetz. München 1979, Bd. I, Art. 19, Rz. 30; Achterberg, Die Bedeutung des Rechtsverhältnisses für die Grundrechtssubjektivität von Organisationen in Gedächtnisschrift für Friedrich Klein 1977 (S. 1-37, S. 2 ff), a.A. von Mutius, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 Rz 38 ff, Rz 78, 87 (m.w.N.)

allen Bereichen organisierten Zusammenlebens in der Bundesrepublik Deutschland geachtet werden. Die Übertragung und Übersetzung der politischen Prinzipien in das gesellschaftliche dezentralisierte Zusammenleben obliegt aber dem Gesetzgeber, so daß auch insoweit die hier gewählte Methodik gerechtfertigt ist, die Einsichten über Rechtsstellung und Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder aus dem Betriebsverfassungsgesetz als maßgebender Satzung zu gewinnen, selbstverständlich im Rahmen des Grundgesetzes und allgemeiner Rechtsprinzipien.

Hieraus folgt:

Ist die privatrechtliche Natur der Betriebsverfassung aus ihrem privatrechtlichen Gegenstand, dem Betrieb, entnommen, so ist andererseits nicht zu übersehen, daß eine Verfassung¹⁾ eine Ordnung ist, die über eine Einzelperson hinausgeht - wie jede rechtliche Ordnung die Beziehungen zwischen mehreren Rechtssubjekten regelt. Solcher Art ist die Betriebsverfassung. In ihr befinden sich die Betriebsangehörigen nicht nur in einem individualrechtlichen Arbeitsverhältnis, sondern untereinander und mit dem Arbeitgeber (meist zugleich Unternehmer) in einem wechselseitigen betriebsbezogenen Rechtsverhältnis²⁾, dessen Gegenstand für eine gewisse Dauer bestimmt ist. Mithin werden in

1) Vgl. hierzu S. 1 Anm. 3

2) Vgl. Dietz-Richardi, a.a.O., § 1 Rz 68 mit Rechtsprechung und Schrifttum

der Betriebsverfassung Rechtsverhältnisse geordnet, die sowohl in persönlicher, als auch in sachlicher und zeitlicher Hinsicht über individuelle Verhältnisse, Gegenstände und Umstände hinauszugehen. In diesem Überindividuellen Bereich werden auch Zuständigkeiten festgelegt und gegeneinander abgegrenzt, z.B. die Aufgaben in der Betriebsverwaltung, und die zur Wahrnehmung dieser Aufgaben berufenen Personen oder Gruppen bezeichnet (ohne daß der Betrieb zur juristischen Person als "Teilperson" verselbständigt und als solcher vertreten würde.¹⁾

Funktionsträger werden entsprechend ihren differenzierten Aufgaben mit mannigfachen Rechten (z.B. zur Beratung oder Mitentscheidung) ausgestattet, betriebliche Funktionsträger mit ihren Zuständigkeiten von staatlichen Organen (insbesondere hier von Arbeitsgerichten) abgegrenzt. Hierüber wird unten im einzelnen zu handeln sein. An dieser Stelle genügen die gebrachten Beispiele, um zu erläutern, daß in der Betriebsverfassung zwar nicht hoheitliche, auch nicht sogenannte schlicht-hoheitliche, wohl aber Beziehungen geregelt werden, die nicht persönlich festgelegt sind, sondern anderen interessierten und teilnahmefähigen Menschen offenstehen, sachbezogen und auf die "Dauer" berechnet sind.

1) Vgl. zur Überwindung der von Kaskel begründeten, in der Weimarer Zeit beherrschenden Lehre von dem Betrieb als "juristische Teilperson", Dietz-Richardi, a.a.O., § 1 Rz 6 ff.

3. Die Betriebsverfassung als gesellschaftliche Ordnung

Demgemäß stellt die Betriebsverfassung im Rechtssystem bei formaler Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht eine privatrechtliche Ordnung dar. Auf der Ebene inhaltlicher Unterscheidung zwischen den Lebensbereichen individueller, gesellschaftlicher, staatlicher Art gehört sie dem gesellschaftlichen Bereich an.

a. Die Besonderheiten des gesellschaftlichen Bereichs zwischen Individuum und Staat

Die Betriebsverfassung gehört daher in einen Bereich des Arbeits- und Wirtschaftslebens, in welchem inhaltlich die Schwelle des rein Individuellen überschritten ist, aber eine staatliche Ordnung wie bei der eingreifenden oder schlichten Hoheitsverwaltung noch nicht waltet, sondern höchstens am Rande (subsidiär und ergänzend)¹⁾ wirkt. In den menschlichen Lebensbereichen ist daher zwischen dem höchstpersönlichen Eigenbereich des Individuums und dem Staatsbereich ein Bereich eigener Art vorhanden, der mit seinem materiell weder rein privaten noch staatlichen

1) Achterberg, Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsrecht in JA 1980 S. 210 ff (S. 212), der darauf hingewiesen hat, daß das Subsidiaritätsprinzip "zur Auslegung des Sozialstaatsgedankens hilfreich" ist, "obwohl es weder die geltende Rechtsordnung noch auch nur die Sozialstaatlichkeit vollständig beherrscht. Oftmals tritt der Staat nicht nur helfend, sondern auch ergänzend ein."

Gepräge als Gesellschaft zu kennzeichnen ist. Aus dem Ganzen dieser Gesellschaft sind zahlreiche in sich geschlossene, wenn auch nicht von anderen Bereichen abgeschlossene Teilbereiche im Arbeits- und Wirtschaftsleben hervorgegangen, die ebenfalls nicht in die politisch-machtmäßige Organisation des Staates oder der in ihm befindlichen öffentlichrechtlichen Körperschaften eingegangen sind. Die Träger und Verwalter dieser Zwischen- und Teilbereiche nehmen in privatrechtlicher Form überindividuelle Aufgaben wahr und sind daher - nach ihrer systematischen Stellung - zwischen die einzelnen und die öffentlichrechtlichen Bereichsträger als gesellschaftliche Bereichsträger eingefügt.

Die sich hieraus ergebende Dreigliederung des menschlichen Lebens und rechtlich geordneten Zusammenlebens kann in formaler Hinsicht zu Schwierigkeiten führen, da in dieser Hinsicht immer noch die systematische Einteilung des Rechts in Öffentliches und privates Recht herrscht, also noch keine jener Dreigliederung entsprechende systematische Dreiteilung des Rechts gefunden worden ist. Im gesellschaftlichen Zwischenbereich können daher die Rechtsverhältnisse verschieden, bald privatrechtlich, bald öffentlichrechtlich geordnet sein. In der Betriebsverfassung wurde formal bereits eine privatrechtliche Ordnung erkannt. Zugleich aber bezieht sie sich material auf einen überindividuellen, jedoch nicht staatlichen Bereich, einen gesellschaftlichen Zwischenbereich. Sie ist daher eine gesellschaftliche Ordnung.

b. Die gesellschaftliche Ordnung
in der Dreigliederung des mensch-
lichen Lebens und Zusammenlebens

Dieser Begriff ist unter Beachtung der Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens näher zu erläutern. Hierfür muß etwas weiter ausgeholt werden:

Europäisches Denken bewegte sich bisher und bewegt sich teilweise noch heute in Dualismen¹⁾, wie Körper/Geist, Leib/Seele, Staat/Gesellschaft, Staat/Wirtschaft, Staat/Einzeln, öffentlich/privat. Man sieht aus der Reihenfolge der soeben gebrachten - beliebig vermehrbaren - Beispiele, daß die dualistische Denkweise auf das Rechtsleben übergegriffen hat und in der herrschenden Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht noch heute vorhanden ist. Hier nun beginnt sich ein Wandel anzubahnen, der auf folgender Erscheinung beruht:

Der Dualismus "Einzeln/Staat" weicht einer Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens, in dessen Ganzheit "Einzeln/Gesellschaft/Staat" unterschieden wird.

Selbstverständlich wirken in jeder der drei Bereiche, also auch in "Gesellschaft" und "Staat", Menschen. Gleichwohl ist systematisch auf die Unterscheidung der drei Bereiche "Einzeln" - "Gesellschaft" - "Staat" in der Ganzheit "menschlichen Zusammenlebens" Wert zu

1) Vierkandt, Der Dualismus im modernen Weltbild, 1923, S. 71 ff.

legen. Betrachtet man die in Völker gegliederte Menschheit, so tritt in ihr das jeweilige Volk in dreierlei Gestalt in Erscheinung:

als Ganzes in seinen Gruppen und Angehörigen,

als Gesellschaft im persönlichen, kulturellen, wirtschaftlichen und arbeitsmäßigen Zusammenleben der Menschen,

als Staat in der politisch-machtmäßigen Bedeutung des Volkes.

Innerhalb eines Volkes entfalten sich die einzelnen, zu ihm gehörenden Menschen in Freiheit und Würde mit Hilfe der Grundrechte und mit der Pflicht zur Hilfe für den anderen (vgl. § 330 c StGB).

Aus diesem Individualbereich treten die Menschen nicht nur und nicht Übergangslos in den staatlich oder sonst öffentlichrechtlich geregelten Bereich. Sie nehmen vielmehr in großem Umfang teil an den zwischen dem Staat und dem Einzelnen liegenden Bereich des menschlichen Zusammenlebens, welcher zwar über ihre individuelle, oft höchstpersönliche Lebensgestaltung hinausgeht, auch nicht jeder staatlichen Einwirkung entbehrt, in den Einzelheiten der Ordnung aber vom Staat unabhängig gehalten wird.

Die sich so ergebende Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens braucht aber nicht nur von unten nach oben oder vom Individuum über einen weiteren Bereich bis "hinauf" zum Staat betrachtet zu werden. Vielmehr

ist auch eine Sicht von oben nach unten, besser vom Ganzen her bis in die Einzelbereiche, möglich.

Die Gliederungen und Zusammenschlüsse, die zwischen dem Einzelmenschen und dem Staat liegen, bilden einen eigenen Bereich, kurz einen Zwischenbereich. Dieser läßt sich, allgemeinem Sprachgebrauch gemäß, als "Gesellschaft" kennzeichnen. Jedenfalls wird dieses Wort hier und im Folgenden für den Begriff eines Bereichs menschlichen Zusammenlebens überindividuellen, aber doch nicht staatlicher Art gebraucht werden. Um den Zwischenbereich und mit ihm die Dreigliederung des rechtlich geordneten menschlichen Zusammenlebens zu erläutern, seien zwei Beispiele herangezogen: das eine ist dem in der Nähe zum Privatrecht, aus dem es vereinsrechtlich hervorgegangen ist, angesiedelten und doch nicht vom Privatrecht allein gestalteten Vertragsrecht entnommen. Das andere stammt aus dem Sozialversicherungsrecht, das zwar bisher weithin allein dem öffentlichen Recht, hierin dem Verwaltungsrecht (dies auch im Rahmen der Bemühungen um eine neue - die Unterscheidungen von Eingriffs- und Leistungsverwaltung überwindende - "Dogmatik des Verwaltungsrechts"¹⁾ zugerechnet, von Friedrich Schnapp²⁾

1) Vgl. Otto Bachof "Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung" in "Veröffentlichungen deutscher Staatsrechtslehre" Heft 30 S. 194 ff, besonders S. 235.

2) Sozialrecht und Verwaltungsrecht in Sozialgerichtsbarkeit 1979, S. 200 ff (S. 202)

aber auch in privatrechtlichen Zusammenhängen gesehen worden ist mit einem "Blick in sozialrechtliche Vorschriften", aus denen sich, wie er schreibt, ergibt, "daß eine Reihe von ihnen mehr an zivilrechtlichem Gehalt aufweist, als eine Qualifizierung des Sozialrechts als öffentliches Recht vermuten lassen könnte."

a.a. Das Tarifvertragsrecht und
Kassenarztrecht als Beispiele
für den Zwischenbereich

A. Tarifvertragsrecht

Zunächst sei das Tarifvertragsrecht als Beispiel herangezogen. Hier nehmen über die Partner des Individualarbeitsvertrages hinaus, auch um die Machtlosigkeit des Einzelnen, insbesondere des Arbeitnehmers, durch die Macht der Verbände, also auf der gesellschaftlichen Ebene, zu ersetzen, die Tarifvertragspartner (Einzelarbeitgeber oder Arbeitgeberverbände einerseits, die Gewerkschaften als Arbeitnehmerverbände andererseits) in ihrem Bereich die allgemeinen Aufgaben, die Verbände für ihre Mitglieder deren Belange, besonders bezüglich Arbeitsverpflchtung und Arbeitszeit wahr. Über den "Arbeitsmarkt" hinaus betätigen sie sich teilweise auch auf kapitalwirtschaftlichem, ja kulturellem Gebiet (z.B. Gewerkschaften als Inhaber der Bank für Gemeinwirtschaft, kulturell als Veranstalter der Ruhrfestspiele in Recklinghausen).

Bei alledem sind Kräfte (deren persönliche Inhaber) in einem überindividuellen und gleichwohl nicht staatlich-hoheitlichen Bereich am Werk. Daß der Staat diesen Kräften und ihren Inhabern ein weites Wirkungs-

feld einräumt, daß er ihren Trägern ihnen eigene, geradezu originär erscheinende, Befugnisse zuerkennt und diesen weithin den Vortritt vor staatlichen Stellen gibt, zeigt der Staat selbst durch sein Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952¹⁾, wonach gem. § 1 Abs. 1 "die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge" erfolgt. Auch Regierungsmitglieder betonen bei den verschiedensten Gelegenheiten, nicht in die Verbandsautonomie eingreifen zu wollen. Demgemäß ist im Tarifrecht keine Zwangsschlichtung von Bundes wegen eingeführt worden.

Es ist nun verfehlt, in dem gekennzeichneten Zusammenhang von einem "Staat im Staate", besonders im Hinblick auf die Macht der Gewerkschaften zu sprechen. Andererseits zeigt das Wort typische Verlegenheit in der Rechtskonstruktion. Man kann sich gesetzgeberische Zuständigkeiten nur als staatliche Zuständigkeiten vorstellen und sieht nicht die zwischenstaatlichen, mit Normen gebender Befugnis ausgestatteten Mächte, ihre Träger und Verbände. Dieser Zwischenbereich darf ebensowenig wie das Individuum noch der Staat verabsolutiert, noch auch nur aus dem Zusammenhang der Ganzheit menschlichen Zusammenlebens heraus-

1) BGBl. v. 17. Januar 1952

gerissen werden. Demgemäß ist im Tarifvertragsrecht über den Eigen- und Besonderheiten der "Ebenen" ihre Verbindung mit der Ganzheit menschlichen Zusammenlebens im Recht nicht außer Acht zu lassen. Die Dreigliederung dieses Zusammenlebens zeigt sich

1. auf der Individualebene im weithin freien Abschluß des Arbeitsvertrages als Voraussetzung für das Eingreifen von Tarifvertragsnormen, wobei die individuelle Vertragsfreiheit gewahrt bleibt, soweit der Arbeitnehmer mächtig genug ist, Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, die ihn besser stellen als die Tarifvertragsnormen (sogenanntes Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3 TVG),
2. auf der Gesellschaftsebene in der Normensetzung durch die Tarifvertragspartner,
3. auf staatlicher Ebene in der Befugnis der zuständigen Staatsminister - oder Beamten, durch eine Allgemeinverbindlicherklärung den persönlichen Geltungsbereich der Tarifvertragsnormen als Nichtmitglieder der Tarifvertragskonventionen zu erstrecken (§ 5 TVG).

Angesichts dieser drei Ebenen entsteht die Frage, wie sich mit der Dreigliederung des menschlichen, hier des arbeitsmäßigen, Zusammenlebens die Zweigliederung des Rechts in privates und öffentliches Recht vereinen lassen soll.

Die Individualebene bereitet keine Schwierigkeiten. Auf ihr gilt das Privatrecht in der Vertragsautonomie, soweit diese nicht durch die Maßnahmen auf den weiteren Ebenen beeinträchtigt wird.

Auf der staatlichen Ebene ist die Antwort für die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht ebenfalls - wenn auch mit umgekehrtem Ergebnis wie zu 1 - gesichert.

Auf der dritten Ebene herrscht das öffentliche Recht. Nur innerhalb dieses öffentlichen Rechts sind Meinungsverschiedenheiten aufgekommen, beispielsweise über die Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung eine Rechtsverordnung oder ein Verwaltungsakt¹⁾ ist.

Schwierigkeiten aus dem Dualismus von öffentlichem und privatem Recht beschränken sich daher auf den gesellschaftlichen Zwischenbereich. Im Tarifrecht spitzt sich die Frage der Zuordnung der einzelnen Rechtsverhältnisse²⁾ zum öffentlichen oder privaten Recht auf die Frage nach der Rechtsnatur der Tarifverträge zu. Hierüber kann es verschiedene Auffassungen geben. Aus der gesetzlichen Regelung, wonach in Abweichung von Art. 80 GG die Tarifvertragspartner, mithin Rechtssubjekte des Privatrechts (natürliche oder juristische Personen als Einzelunternehmer oder

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts § 34, m.w.N. (Anm. 10)

2) Der Ausdruck ist bewußt gewählt in Befolgung der Achterberg zu verdankenden Einsicht, daß Rechtsgestalten aller Art in Rechtsverhältnissen wirken und darin bestehen, näheres siehe sogleich unter Kapitel 6)

Arbeitgebervereinigungen und Arbeitnehmerverbände (Gewerkschaften) in der Form von nicht rechtsfähigen oder eingetragenen Vereinen des bürgerlichen Rechts), Normen, wie es der sogenannte normative Teil des Tarifvertrages besagt, also Rechtssätze, Schaffen und Gestalten, könnte geschlossen werden, daß ein so öffentlichrechtliches Ziel (Art. 20 Abs. 3 GG), wie es eine Normgebung ist, die hierauf gerichteten Willenserklärungen als öffentlichrechtliche Willenserklärungen von Privatpersonen erscheinen läßt. Dies wäre beispielsweise bei Konflikten über Vertragsschluß, Auslegung oder Willensmängeln zu beachten.

Auf der anderen Seite würde für eine Zuordnung der Tarifverträge zum Privatrecht sprechen, daß die in ihnen vereinbarten Normen trotz ihres abstrakten und generellen Inhalts nur für und gegen den Einzelunternehmer (bei sogenannten Firmentarifverträgen) und die Verbandsmitglieder gelten, so daß erst die Allgemeinverbindlicherklärung mit der Ausweitung der Tarifvertragsnormen auf Nichtmitglieder (sogenannte Außen-seiter) öffentlichrechtlichen Charakter wie dargestellt hat.

Die Problematik ist hier nicht weiter zu verfolgen. Denn hier ist das Tarifrecht nur herangezogen worden, um an einem Beispiel das mit dem Begriff des gesellschaftlichen Zwischenbereichs gemeinte zu erläutern und die Schwierigkeiten aufzuzeigen, der darin vorgenommenen Rechtshandlungen mit der hergebrachten Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in der Rechtskonstruktion Herr zu werden.

B. Kassenarztrecht

Als weiteres Beispiel für das Zusammentreffen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Situationen sind bereits die Rechtsverhältnisse im Sozialversicherungsrecht genannt.¹⁾ Schnapp hat im Zusammenhang mit der sozialversicherungsrechtlichen Vertragsproblematik die Frage aufgeworfen, "ob die Festsetzung des (erweiterten) Bewertungsausschusses, die die Wirkung eines vertraglichen Abschlusses hat (§§ 368 i Abs. 10, 368 Abs. 1 Satz 3, 368 g Abs. 2 und 3 RVO) nicht den - unzulässigen - Abschluß eines Vertrages zu Lasten Dritter durch Mehrentscheidung darstellt."²⁾

Verfolgt man auf Grund dieses Hinweises die Vertrags-

1) Schnapp, a.a.O., S. 201 und das von ihm in Anm. 30 ff. bezeichnete Schrifttum

2) Schnapp, a.a.O., S. 201 Fn 37

verhältnisse im Kassenarztrecht weiter, so zeigen sich wiederum mehrere Ebenen:

Privatrechtlich sind die Rechtsverhältnisse zwischen Kassenarzt und Kassenpatienten. Für diese Rechtsverhältnisse sind nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 368 d Abs. 4 RVO die Bestimmungen des bürgerlichen Vertragsrechts maßgebend. Anders bei der Vergütung der Kassenärzte. Bei ihr bewegt man sich in einer Parallelerscheinung zum normativen Teil des Tarifvertrages im öffentlichrechtlichen Raum. Durch §§ 368 g und h RVO sind die Sozialpartner, die öffentlichrechtlichen kassenärztlichen Vereinigungen auf Landes- und Bundesebene einerseits und die ebenfalls öffentlichrechtlichen Landesverbände der Ortskrankenkassen, Innungs- und Betriebskrankenkassen¹⁾, sowie für Rahmenverträge die Bundesverbände der genannten Krankenkassen andererseits, dazu berufen und ermächtigt, durch sogenannte Honorarvereinbarungen Normen zu schaffen, die für die kassenärztlichen Vereinigungen die Grundlage eines von ihnen je zu erlassenden Honorarverteilungsmaßstabes und danach der Vergütungszahlungen an die Kassenärzte sind.

1) Darüber, daß die Betriebskrankenkasse ein im Verwaltungsrecht ungewöhnliches Phänomen darstellt, indem ihre privatrechtliche Gründung den Satz durchbricht, daß Körperschaften des öffentlichen Rechts nur durch staatlichen Hoheitsakt gebildet werden können, vgl. Schnapp, a.a.O., S. 202 Fn 36

Diese Honorarvereinbarungen zwischen den genannten öffentlichrechtlichen Verbänden sind nach Form und Inhalt öffentlichrechtliche Vereinbarungen, auf Grund einer gemeinsamen Selbstverwaltung und -gestaltung. Dieser rein öffentlichrechtlichen Struktur der Vergütungsordnung entspricht es, daß hier im Unterschied zum Tarifvertragsrecht eine Zwangsschlichtung durch eigens hierfür geschaffene Landesschiedsämter eingeführt ist für den Fall, daß beim Fehlen oder nach Kündigung von Honorarvereinbarungen keine vertragliche Regelung zustande kommt. Demnach ist der gesellschaftliche Zwischenbereich mit seinen Erscheinungen systematisch bald im öffentlichen Recht (in gemeinsamer Selbstverwaltung und -ordnung wie im Kassenarztrecht), bald im Privatrecht (wie in den durch Tarifverträge zu Gunsten der Arbeitnehmer normierten Arbeitsverhältnissen) mit Ergänzung im öffentlichen Recht (Allgemeinverbindlicherklärung) angesiedelt.

c. Das Sozialrecht als Ordnung des gesellschaftlichen Zwischenbereichs

Durchweg geht es in diesem Zwischenbereich um eine Ordnung von Lebensverhältnissen aus und mit Rücksicht auf den wirtschaftlich von anderen Menschen abhängigen, in eine Fremdgestaltung (Unternehmen oder Betrieb) eingefügten, insoweit heteronom bestimmten Menschen, den "Schwächeren", konkret: den unselbständig für einen anderen arbeitenden, nicht beamteten, Bediensteten, den Arbeitnehmer. Was für diesen geordnet und getan wird,

um ihm seine und seiner Angehörigen Existenz durch Lohn-, Zeit- und Arbeitsplatzschutz zu sichern und die Wechselfälle des menschlichen Daseins (wie Krankheit, Unfall, allgemeine Arbeitslosigkeit, persönliche Berufs- und Erwerbsunfähigkeit) ertragen zu helfen, ferner Schäden auszugleichen, erscheint mit einem Wort als "sozial". Demgemäß ist die Ordnung der einschlägigen Lebensvorgänge und Lebensbeziehungen als Schutzrecht unter dem Begriff "Sozialrecht" zusammenzufassen.

a.a. Begriffsbestimmung des
Sozialrechts

Es wird von Zacher¹⁾ bestimmt als "Recht, das durch seine sozialpolitische Aufgabe geprägt ist." Zacher selbst²⁾ erläutert diese Begriffsbestimmung wie folgt:

"Recht, das in den Dienst der Sozialpolitik genommen ist, ist umso mehr Sozialrecht, je intensiver dieser Zweckzusammenhang hervortritt. Das ist vor allem der Fall, wo soziale Defizite durch soziale Leistungen ausgeglichen werden sollen. Sozialversicherungsrecht, Sozialhilferecht, usw. sind in diesem Sinne typisches Sozialrecht. Wo Austauschrecht sozial durchdrungen wird - wie etwa im Mietrecht oder noch deutlicher in der Transformation vom Dienstvertragsrecht zum Arbeitsrecht -, ist der

1) Hans F. Zacher, "Rechtswissenschaft und Sozialrecht" in Sozialgerichtsbarkeit 1979, S. 206 ff, speziell S. 208

2) a.a.O., S. 212

Sozialrechtscharakter gebrochen. In diesem Sinne ist es richtig, wenn das Recht der sozialen Sicherheit als der Kern des Sozialrechts bezeichnet wird. Und dem entspricht es wenigstens grob, wenn der Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches, das die wichtigsten aktuellen Sozialleistungsbereiche zusammenfassen soll, heute oft mit dem "Sozialrecht" identifiziert wird."

Um trotz dieser Beschreibungen keine Tautologie aufkommen zu lassen (Sozialrecht = Recht aus Sozialpolitik), muß der Rechtsgestalter der Sozialpolitik genannt und definiert werden, dies ist der Staat als Sozialstaat. Achterberg hat sich dieses Begriffes ganz besonders angenommen. Er schreibt:¹⁾

"Die Sozialstaatlichkeit im materiellen Sinne hat - wie die Rechtsstaatlichkeit - zwei Komponenten: Sozialität oder "soziale Gerechtigkeit" und Handlungseffizienz. Erschöpfte sie sich in sozialer Gerechtigkeit, so könnte man zweifeln, ob Sozialstaatlichkeit nur ein Unterfall von Rechtsstaatlichkeit bildet. Dies trifft indessen nicht zu, wie sich aus dem originären Merkmal der Handlungseffizienz ergibt.

Sozialität bedeutet Bezugnahme des Staates auf die Gesellschaft unter Einfluß des Individuums, begründet das Erfordernis, den Staat transzendierender individual- und gesellschaftsbezogener Maßnahmen, mithin transzendente Verschränkungen zwischen staatlichem und metastaatlichem Bereich. Das Sozialstaatsprinzip ist insoweit "auf einen Ausgleich sozialer Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet und dient zupörderst der Erhaltung und Sicherheit der menschlichen Würde."²⁾

1) Achterberg, a.a.O., JA 1980, S. 210 ff (S. 212)

2) Achterberg, a.a.O. das Letzte unter Hinweis auf Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 35, 348, (356).

Achterberg legt weiter mit dem von ihm eingeführten Begriff der "Handlungseffizienz" (für "Wirksamkeit" der zuvor genannten "Maßnahmen in zeitlicher, inhaltlicher und umfänglicher Hinsicht")¹⁾ die Fülle sozialstaatlicher Maßnahmen dar, welche "sowohl leistendes, als auch eingreifendes Verwaltungshandeln" umschließen. Hierdurch grenzt er den Begriff des Sozialstaates von dem des "Wohlfahrtsstaates" ab und weist diesem gegenüber den Zusammenhang der Sozialstaatlichkeit mit dem Solidaritätsprinzip und dem Subsidiaritätsprinzip ausführlich nach. Aus dieser eingehenden Darstellung²⁾ seien folgende Sätze herausgestellt:

Sozialstaatlichkeit bedeutet aber nicht nur Schutz des Existenzminimums, wenn dieser auch einen wichtigen, mit der Erhaltung und Sicherung der Menschenwürde eng in Verbindung stehenden Teil ausmacht. Demgegenüber läßt sich hier aus dem System der sozialen Sicherheit auch keinesfalls nur die Sozialhilfe zurechnen; in Wirklichkeit stellt sich dieses System in seiner Ganzheit als Ausprägung der Sozialstaatlichkeit dar.

Demgegenüber hängt die Sozialstaatlichkeit sowohl mit dem Solidaritätsprinzip zusammen, kraft dessen es ein vom Staat zu verwirklichendes Gebot ist, helfend einzuwirken, wenn sich der Mensch bemüht, zu seinem Recht zu kommen, als auch mit dem insbesondere - wenn auch nicht nur - der katholischen Soziallehre entstammenden Subsidiaritätsprinzip, das seine Ausformung in den päpstlichen Sozialensykliken "Quadragesimo Anno" und "Mater et Magistra" gefunden hat.³⁾

1) a.a.O., S. 212

2) a.a.O., S. 212

3) siehe auch Fn 1 S. 7

Nach der "materiellen Seite" der Sozialstaatlichkeit exemplifiziert Achterberg schließlich die "formelle Seite" mit folgenden Merkmalen:¹⁾ "Daseinsvorsorge" (z.B. mit "Lebensgütern wie Wasser, Elektrizität, Gas), Sozialversicherung, Befriedigung von kulturellen Bedürfnissen (Schulen, Sportanlagen, Theater, Museen), Umweltschutz, Interventionen und Subventionen des Staates für die Wirtschaft, kartellrechtliche Maßnahmen, staatliche Planungen als "Zukunftsvorsorge" in (beispielsweise) Haushalts-Wirtschafts-Bauleitplänen.

Die in diesen Angelegenheiten vom Sozialstaat getroffenen Regelungen stellen also, wenn man den Begriff der "Sozialpolitischen Aufgabe" in Zachars²⁾ wieder-gegebenen Definition in konkrete Einzelheiten auflöst, das Sozialrecht in einem bestimmten Zeitpunkt oder Zeitabschnitt dar. Hierbei erscheint die Aufzählung ihrer Natur nach von vornherein nicht als abschließend, sondern als erweiterungs- und entwicklungsfähig, entsprechend den fortschreitenden und sich ändernden Bedürfnissen der Menschen. Sozialrecht hat also schon begrifflich nicht statisches, sondern dynamisches Gepräge.

1) a.a.O. S. 212/213

2) siehe S. 20 Fn 1

Dynamisch ist das Sozialrecht auch insofern, als es im Rechtsleben nicht in einer bestimmten festgelegten Gestalt, sondern in seinen Emanationen, Auswirkungen und Anwendungen in Erscheinung tritt. Mit dieser Verwirklichung durch konkrete Maßnahmen nimmt das Sozialrecht an einer allgemeinen Weise des Rechtsgeschehens teil.

bb. Das Sozialrechtsverhältnis

Diese allgemeine Weise des Rechtsgeschehens ist die Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens in Rechtsbeziehungen. Denn das Recht ist keine in sich geschlossene, für sich allein dastehende Größe wie etwa die Ethik mit ihrer sittlichen Forderung.

Vielmehr ist das Recht als menschliche Erscheinung bestimmt durch seinen Begriff als zwischenmenschlicher Ordnung. Diese zwischenmenschliche Ordnung in den vielfgestaltigen Beziehungen der Menschen wirkt sich nicht anders aus als in Rechtsverhältnissen. Diese Beziehungen sind in Rechtsverhältnissen wirksam und es ist bei der Analyse dieser Beziehungen auf die jeweils zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zurückzugehen.

Demzufolge ist auch das Sozialrecht in Rechtsverhältnissen zu sehen. Schnapp hat in seiner Abhandlung "Sozialrecht und Verwaltungsrecht"¹⁾ den Zusammenhang zwischen Sozialrecht und Sozialrechtsverhältnis aufgezeigt, mit den Worten:²⁾

Hauptbetätigungsfeld wissenschaftlicher Befassung mit dem Sozialrecht ist bislang vorwiegend das materielle, das Sozialrechtsverhältnis des Leistungsträgers zum Sozialversicherten betreffende sog. Außenrecht gewesen. Darüber sind gelegentlich die Beziehungen des sog. Innenrechtskreises ein wenig aus dem Blickfeld geraten - ein Umstand, der ganz allgemein als mißlich angesehen wird.

Und weiter:

Die bloße (aber immerhin wichtige) Aufgliederung in ein "Außen" und ein "Innen" ist jedoch bei weitem zu grob, um die Vielfalt möglicher Rechtsrelationen zu verdeutlichen, welche bei der "Erzeugung, Anwendung und Durchsetzung des materiellen Rechts" eine Rolle spielen. Damit kommt die Figur des Rechtsverhältnisses ins Spiel, der in jüngster Zeit erhöhte Aufmerksamkeit zugewendet wird, und der sich sowohl im Hinblick auf didaktische Darstellungen, als auch im Hinblick auf den Zugang zu bestimmten dogmatischen Problemen einiges abgewinnen läßt. Dabei kann man unter Rechtsverhältnis zumindest zweierlei verstehen: einmal die abstrakt-generelle Relation zwischen "den" Versicherten und Leistungsträgern, zwischen letzteren und dem "Staat", usw., zum andern aber auch das (punktuelle oder das Dauerrechts-)Verhältnis zwischen einem konkreten Versicherten, bzw. Leistungsempfänger und "seinem" Versicherungsträger, das durch eine Viel-

1) In Sozialgerichtsbarkeit 1979, S. 200 ff.

2) Schnapp, a.a.O., S. 202

zahl ineinandergreifende Rechtssätze geprägt ist. Hier soll der Begriff zunächst in ersterem Sinne verwendet werden.

Für derartige Rechtsverhältnisse findet Schnapp "im Wesentlichen folgende Rechtskreise":¹⁾

Im Vordergrund steht nach wie vor das Verhältnis des Sozialleistungsberechtigten zum Sozialleistungsträger im sogenannten Außenrechtsbereich. Gewissermaßen "flankierend" kommt hinzu die Beziehung der Sozialleistungsträger zu sonstigen Personen, also etwa Arbeitgebern oder Unternehmern, aber auch - so etwa im Sozialhilferecht - zu anderen privaten. (§ 90 BSHG).

Eine weitere "Schiene" wird gelegt durch die Beziehungen der Sozialleistungsträger zum Staat (in seinen unterschiedlichsten Erscheinungsformen), im Wesentlichen markiert durch die Begriffe "Selbstverwaltung" und "Staatsaufsicht".

Von Interesse ist ferner das "Binnenleben" der Sozialleistungsträger, also insbesondere ihre Organisation samt Personal-, Finanz- und Beschaffungswesen, sowie das Verhältnis der Organe untereinander.

Ergänzend sind schließlich zu berücksichtigen die rechtlichen Beziehungen der Sozialleistungsträger untereinander und zu ihren Verbänden, ferner zu den Kassen- (Zahn-) ärztlichen Vereinigungen.

Nach dieser von ihm selbst als "nicht erschöpfend" bezeichneten Aufzählung und nach einigen "Differenzierungen" innerhalb der Sozialrechtsverhältnisse formt Schnapp dessen Begriff:²⁾

1) Schnapp, a.a.O., S. 203

2) Schnapp, a.a.O., S. 204

"Das Sozialrechtsverhältnis ist seiner Rechtsnatur nach - jedenfalls schwerpunktmäßig und typischerweise - ein auf Dauer angelegtes zweiseitig verpflichtendes Verwaltungsrechtsverhältnis, dessen Affinität zum Schuldverhältnis sich nicht leugnen läßt."

Mit dieser Definition läßt sich das Sozialrechtsverhältnis in die Lehre vom gesetzlichen Schuldverhältnis¹⁾ einfügen. Diese Lehre ist im Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht entwickelt worden, um die vom Gesetz begründeten Pflichten des Arbeitgebers und Unternehmers zur Abführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen, soweit dies der Arbeitnehmer schuldet, an den Staat, bzw. dem Sozialversicherungs- in der Rechtskonstruktion klarzustellen.

c.c. Die Zuordnung des Sozialrechts
in öffentliches oder (und)
privates Recht

In allen diesen Ausführungen bewegen sich die Anwendungen des Sozialrechts in Gestalt von Rechtsverhältnissen auf öffentlichrechtlichem Gebiet. Auch wenn von Verwaltungsakten geschrieben wird, darf als selbstverständlich gelten, daß öffentlichrechtliche Akte gemeint sind.

1) Vgl. Neumann-Duesberg, BB 1957 S. 718, näheres hierzu siehe unten S. 94 ff.

Indessen fand sich bereits bei Schnapp¹⁾ zu beachtende Hinweise auf einen "zivilrechtlichen Gehalt" von Vorschriften des Sozialrechts. In der Tat ist Sozialrecht nicht auf öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse und Verwaltungsakte im bisherigen öffentlichrechtlichen Sinn zu beschränken. Vielmehr steht vor einer formalen Einordnung in ein überkommenes System der materielle Gehalt des Sozialrechts als eines Schutzrechts im Interesse des Schwächeren gegenüber dem Mächtigeren in Lebens- und Rechtsverhältnissen. Dieser Schutzgedanke oder auch, um mit Zacher²⁾ zu formulieren, die Prägung durch die sozialpolitische Aufgabe des Rechts zeigt sich keineswegs nur im öffentlichrechtlichen Raum des Staates und der ihm eingegliederten öffentlichrechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften kommunaler - oder wie im Sozialversicherungsrecht - aufgabenbedingter Art. Vielmehr wirkt dieser Schutzgedanke weithin auch in dem zwischen Staat und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften einerseits und dem dezentralisierten Individualgeschehen andererseits erkannten Zwischenbereich, also in dem spezifisch gesellschaftlichen (sozialen) Bereich. Demgemäß ist Sozialrecht nicht nur auf öffentlichrechtlichem Gebiet zu finden. Vielmehr ist eine sozialrechtliche Ordnung auch mit Hilfe von Formen des Privatrechts möglich,

1) Schnapp, a.a.O., S. 202, siehe auch Fn. 2 S. 11

2) Zacher, a.a.O. S. 208

obgleich das ursprüngliche Gebiet des Privatrechts der am stärksten auf die Einzelperson (natürliche oder juristische Person) dezentralisierte und dekonzentrierte Lebensbereich des Menschen ist.

d.d. Das Sozialrechtsprinzip

Ist sonach - vor der formalen Einordnung des einzelnen Rechtsverhältnisses und der etwa einseitig getroffenen Akte in das privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Gebiet - der materiale Gehalt des Sozialrechts zu beachten, so ist zu versuchen, für den - im Vergleich mit dem Individualbereich weiteren Lebens- und Rechtskreis, mithin dem gesellschaftlichen Bereich, einen diesen Zwischenbereich mit einem Wort kurz charakterisierenden Begriff zu finden, der nicht allein soziologische, sondern zugleich rechtliche Bedeutung hat. Ein solcher Begriff müßte über den Begriff der Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts hinausgehen und geeignet sein, die Verbundenheit der Menschen in bestimmten Orts-, Fach- oder sonst aufgabenbedingten Verbindungen (Zusammenschlüssen oder Zusammenführungen) zum Ausdruck zu bringen. Für einen solchen erweiternden Begriff ist das Wort Sozialität¹⁾ geeignet, ein Begriff, der auf Solidarität hinweist. Mit Sozialität wird daher die Verbundenheit unter den auf einer bestimmten überindividuellen Stufe stehenden Menschen gekennzeichnet.

1) Vgl. Achterberg, a.a.O., S. 212

Sozialität ist hierbei eine Tatsache und eine ideale Forderung. Tatsache ist die Verbundenheit der Menschen in dem Sinne, daß die Menschen in dem betreffenden Bereich als Gebende und Empfangende, ferner kraft notwendiger Arbeitsteilung aufeinander angewiesen sind und insofern zusammengehören. Ideale Forderung ist die Verbundenheit der Menschen in dem Sinne, daß die Menschen in dem betreffenden Bereich die darin vorhandenen, nicht einfach hinwegzuleugnenden Interessengegensätze oder --unterschiede zum Ausgleich und damit zu einer möglichst harmonischen Ordnung bringen.

Mit Sozialität soll infolgedessen die Verbundenheit unter den in einem bestimmten Überindividuellen Bereich befindlichen Menschen als Tatsache festgestellt und als Forderung aufgestellt werden. Soweit die Forderung der Sozialität das rechtliche Zusammenleben betrifft, sind ihr grundsätzliche Richtlinien zu entnehmen. Sozialität ist daher in der Sollensordnung¹⁾ des Rechts ein leitender Rechtsgrundsatz, ein Rechtsprinzip. Dieses Prinzip fügt sich in das umfassende Prinzip des Gemeinwohls²⁾ ein, ist ein Teil dieses Ganzen wie der gesellschaftliche (soziale) Zwischenbereich Teil der dreigliederten Ganzheit des rechtlich geordneten menschlichen Zusammenlebens im Sozialstaat ist.

1) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934,

Über dem gesellschaftlichen Zwischenbereich wird schließlich mit dem Subsidiaritätsprinzip helfend und darüber hinaus¹⁾ ergänzend der Staat als Sozialstaat mit seinen speziellen Organen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu beachten sein.

Verwirklicht wird das Sozialitätsprinzip im Rechts- und Sozialstaat wie der Sozialstaat selbst¹⁾ durch Rechtsverhältnisse und etwaige darin abgegebene einseitige Willenserklärungen oder -äußerungen. Das Prinzip erhält dadurch wie der Sozialstaat die erforderliche Handlungseffizienz.

III. Untersuchungsmittel und Untersuchungsziel

Nach diesen Grundlagen kann daran gegangen werden, die Rechtsstellung des Betriebsrats und seiner Mitglieder in der Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens, insbesondere in dem gesellschaftlich-sozialen Zwischenbereich zu untersuchen. Hierbei wird das Wort "Betriebsrat", das sowohl die Einrichtung (Institution) des Betriebsrats als auch die Zusammenfassung der Betriebsratsmitglieder als Kollegium bezeichnen kann, in seiner Bedeutung als kollegiale Summe und Ganzheit der Betriebsratsmitglieder gebraucht werden.

1. Die Auswirkungen des Sozialitätsprinzips

a. Die Sozialpartnerschaft

¹⁾ Vgl. Achterberg, a.a.O., S. 212

Mit seiner Handlungseffizienz wirkt das Sozialitätsprinzip zunächst im Inneren des Betriebes in den gesetzlich begründeten Rechtsverhältnissen des Betriebsrats zum Betriebsinhaber, der meist zugleich Unternehmer und Arbeitgeber ist. Bereits das Wort "Sozialitätsprinzip" weist für die Betriebsratsmitglieder und den sie zusammenfassenden Betriebsrat auf die Sozialpartnerschaft zum Arbeitgeber und Unternehmer hin. An die Stelle der alleinigen Herrschaft des Kapitalinhabers, aber auch an die Stelle eines Kampfes nach Art eines Klassenkampfes ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vertrauensvolle Zusammenarbeit getreten. Die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit wird in § 7 BetrVG durch die Pflicht zur Verschwiegenheit, also zu einem vertrauenswürdigen Verhalten ergänzt.

Eine Pflicht zur wechselseitigen Fürsorge, wie sie im individuellen Arbeitsverhältnis besteht, ist in § 2 BetrVG auf der Betriebsebene nicht normiert. Indessen legt es die Pflicht zur "vertrauensvollen Zusammenarbeit" nach dem Sozialitätsprinzip nahe, den davon abgeleiteten Begriff der Solidarität nicht nur auf die kollegiale Verbundenheit innerhalb der Arbeitnehmerschaft sondern auch auf das Zusammenwirken von Arbeitgeber und Betriebsrat für das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes zu beziehen.

Schließlich läßt sich der Begriff des Vertrauens auch auf die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft im Betriebe anwenden. § 2 Abs. 1 BetrVG spricht ausdrücklich zwar nur von vertrauens-

vollem Zusammenarbeiten von Arbeitgeber und Betriebsrat, weiter vom Zusammenwirken von Arbeitgeber und Betriebsrat mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen, erwähnt also nicht die vertrauensvolle Zusammenarbeit oder das Zusammenwirken des Arbeitgebers mit der Arbeitnehmerschaft. Beide werden jedoch in § 2 Abs. 1 BetrVG am Ende durch das allen (Arbeitgeber, Betriebsrat, Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) gemeinsame Ziel verbunden: durch das Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes. Diese Verbundenheit wird auch durch § 45 BetrVG bestätigt, wonach für Betriebsversammlungen die Behandlung von Angelegenheiten vorgesehen ist, die "den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen."

Diese Partnerschaft ist somit sach- und allgemein gruppenbezogen, also keine totale personale Solidarität wie unter Angehörigen derselben, durch Interessengleichheit zusammengehaltenen Gruppe. Eine solche zur sach- und gruppenbezogenen Solidarität¹⁾ führende Verbundenheit erfüllt den bereits entwickelten Begriff der Sozialität als Unterfall der Sozialpartnerschaft.

Unter Beachtung des so gewonnenen Sozialitätsprinzips werden die für die Rechtstellung und den Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder erlassenen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes zu würdigen sein, wie umgekehrt versucht werden soll, das im Hintergrund der Vorschriften stehende Grundsätzliche aus ihnen hervortreten zu lassen.

1) siehe Seite 21

b. Das Subsidiaritätsprinzip

In der Mitte, die mit dem Sozialitätsprinzip den Aufgaben und dem Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder zugewiesen worden ist, also in der Zwischenstellung der gesellschaftlichen Bereichsträger zwischen Individuum und Staat, muß schließlich nach außen hin die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder im Verhältnis zum Staat beachtet werden.

Der Staat nimmt sich der aus dem Ganzen des gesellschaftlichen (sozialen) Zusammenlebens entwickelten Gebilde schon dadurch an, daß er sie durch seine gesetzgebenden Organe als funktionale Teile der Gesellschaft oder eines ihrer Bereiche bald anerkennt, bald konstituiert, indem er ihre Aufgaben und Zuständigkeiten des Näheren, vielfach sogar im Einzelnen regelt. Hierdurch werden aber die Gesellschaft und ihre Teilbereiche keine öffentlichrechtlichen Gebilde, die Teilbereiche werden auch nicht wie die kommunalen Körperschaften in die staatliche Organisation einbezogen, insbesondere nicht staatlicher Aufsicht (Rechtsaufsicht oder Fachaufsicht) unterworfen. Sie nehmen schließlich nicht kraft Delegation öffentlichrechtliche Funktionen wahr, sondern werden als Rechtsgebilde vom Gesetz zum Entstehen gebracht und auf der Ebene der formalen systematischen Einteilung des Rechts in öffentliches und privates Recht privatrechtlich gestaltet. Auf der Ebene der materialen Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens sind sie gesellschaftliche Rechtsbereiche mit eigener, aber gesetzlich geregelter, Ordnung und Orga-

nisation. Mit der privatrechtlichen Konstruktion sind zumeist der Abstand zum Staat und die Eigenständigkeit der Zwischengebilde und ihre Bereichsträger gekennzeichnet, wofür als Beispiel bereits die Gewerkschaften als meist nicht rechtsfähige Vereine genannt sind.¹⁾

Verhilft somit der Staat im gesellschaftlichen Bereich dessen Trägern und Gliedern zum rechtlichen Entstehen, so entläßt er später die gewordenen oder geschaffenen Bereiche nicht völlig aus seiner Obhut. Vielmehr hilft der Staat weiter, soweit die gesellschaftlichen Bereichsträger ihre Aufgaben nicht zu bewältigen vermögen. Damit gelangt in Gestaltung (durch Gesetz) und Verwaltung (durch ergänzende Zuständigkeiten bei Regelungsschwierigkeiten) die rechtliche Konstruktion des Verhältnisses von gesellschaftlichen Eigenbereichen zum Staat mit dem bereits erwähnten Subsidiaritätsprinzip²⁾ zum Zuge. Dieses läßt den Staat mit seinen Organen erst dann zuständig sein, wenn die eigenen Zuständigkeiten den primär berufenen Bereichsträgern nicht zur Lösung der ihnen obliegenden Aufgaben, einschließlich übereinstimmender Lösungen beim Zusammenwirken mehrerer Bereichsträger, ausreichen. Die Zuständigkeit staat-

1) s.o. S. 15, 16

2) siehe oben S. 7, vgl. weiter Isensee "Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht", Berlin 1968; R. Zuck, "Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz", München 1968, Fridolin A. Utz, "Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips", Heidelberg 1956 und in "Sozialethik", Teil I, Heidelberg 1968, S. 277 ff; G. Küchenhoff, "Rechtsbesinnung", S. 187 ff, Anm. 224 (m.w.N.) Speziell zum Betriebsverfassungsrecht: Heinz Laur, "Das Subsidiaritätsprinzip im Betrieb", Düsseldorf 1955.

licher Organe ist alsdann zugleich eine Hilfe. Da jedoch die Hilfe essentiell mit der Hilfszuständigkeit zusammenhängt - denn eine Zuständigkeit ist nicht um ihrer selbst Willen, sondern zur Herstellung und Aufrechterhaltung geordneter Zustände gegeben - darf das Subsidiaritätsprinzip als Zuständigkeitsprinzip in den Vordergrund gestellt werden. Es ist insofern formaler Natur, als es der Ausfüllung durch das Gesetz bedarf und auf dessen Zuerkennung von Entscheidungskompetenzen angewiesen ist. Eine gesetzliche Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips findet sich in § 2 Abs. 1 BSHG, wo die Regelung, daß Sozialhilfe nicht erhält, "wer sich selbst helfen kann oder wer die erforderliche Hilfe von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen erhält", mit Nachrang der Sozialhilfe übersetzt worden ist. Wenn nun die oben dargelegte Methodik, für Rechtseinsichten das Gesetz zu Rate zu ziehen, auf die Terminologie ausgedehnt wird, so darf im Anschluß an § 2 Abs. 2 BSHG vorgeschlagen werden, anstelle des Wortes "Subsidiaritätsprinzip" die Worte (und diese zugleich als Begriff) "Grundsatz des staatlichen Nachranges" zu setzen, wobei "staatlich" auch die dem Staat eingegliederten öffentlich-rechtlichen Körperschaften umfaßt. In diesem Sinn wird jedenfalls in der vorgelegten Arbeit "Nachrang" gebraucht werden.

Als Beispiel für die Rechtsstellung von gesellschaftlichen Bereichsträgern (also Personen oder Gruppen formell privatrechtlicher Art mit überindividuellen Aufgaben) zwischen eigenbereichsgebundenen (auch materiell privatrechtlich arbeitenden) natürlichen oder juristischen Personen (einschließlich Personenverbindungen

aller, insbesondere gesamthänderischer Art) auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite darf auf die oben dargelegte Stellung¹⁾ der Tarifvertragspartner zum Staat verwiesen werden.

2. Das Zusammentreffen individueller, gesellschaftlicher (sozialer) und staatlicher Bezüge auf den Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder

Mit Hilfe der gefundenen Begriffe ist nun zu untersuchen, ob und gegebenenfalls in welcher Weise individualrechtliche, sozialrechtliche und staatliche Bereiche in der Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder zusammentreffen.

Die Betriebsratsmitglieder befinden sich, wie die Betriebsverfassung, in der sie besonders wichtige Aufgaben haben, auf privatrechtlichem Gebiet. Mit ihrer Rechtsstellung gehen sie aus der Belagschaft durch deren Wahl hervor (§§ 7 ff BetrVG nebst Wahlordnung vom 16. Januar 1972, BGBl I S. 49). In ihrer Rechtsstellung stehen sie teils beratend, teils mitbestimmend²⁾, formell privatrechtlich, der Sache nach aber in den ihnen gesetzlich zugewiesenen Grenzen gesellschaftlich mitgestaltend und mitverwaltend neben dem Arbeitgeber (vgl. §§ 74 ff, 87 ff BetrVG).

1) S. 12 ff (14) o.

2) Löwisch, Regelungen sozialer Angelegenheiten im Betrieb, BB 1961, S. 1200

Bedingung für ihr Tätigwerden ist ihre Einfügung in den Betrieb auf einem Arbeitsplatz, für dessen Erhaltung sie weitgehend Schutz genießen (§ 103 BetrVG).¹⁾ Dieser Schutz befähigt die Betriebsratsmitglieder, ihre Befugnisse eigenverantwortlich, ungehindert durch die Rücksicht auf Verschiedenheiten von Machtpositionen, insbesondere der schwächeren des Arbeitnehmers im Vergleich mit der des Arbeitgebers und Unternehmers als Kapitaleigner, auszuüben. Infolgedessen nimmt es nicht wunder, daß in § 103 BetrVG das Zusammenspiel von Individualarbeitsrecht, der Betriebsratszuständigkeit zum Schutz der Betriebsratsmitglieder und der staatlichen (arbeitsgerichtlichen) Subsidiarität im gefundenen Nachrang in Erscheinung tritt. Hier lassen sich daher beispielhaft das Zusammentreffen und die Abgrenzung der drei Bereiche des gesellschaftlichen Rechts im Brennpunkt der Betriebsverfassung erkennen. Es liegt hier ein Bereichsgefüge vor, in welchem individualrechtliche, betriebsgesellschaftliche und staatliche Rechtsgestaltungen miteinander verbunden sind. Ob diese Verbindung nicht nur äußerlich sichtbar, sondern auch harmonisch gestaltet ist, und wie bejahendenfalls der Ausgleich vorzunehmen ist, muß anhand des Gesetzes im Einzelnen untersucht werden.

1) Etzel, Der besondere Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder und andere Arbeitnehmer, die Aufgaben der Betriebsverfassung wahrzunehmen B1StSoz-ArbR 1972, S. 86 ff.

3. Versuch einer ganzheitlichen Dreibereichstheorie

Demgemäß soll versucht werden, Rechtsstellung und Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder ganzheitlich zu sehen. Dieser Blick auf das Ganze in seinen Teilen soll dazu leiten, das bisherige von der Einzelheit zu Zweihelten und Gegensätzen führende dualistische Denken zu überwinden. Ganzheitliche Betrachtung setzt an die Stelle des individualistisch gegründeten Dualismus¹⁾, also an die Stelle der Zweiheit Arbeitgeber/Arbeitnehmer die Dreiheit Arbeitgeber/Betriebsrat/Arbeitnehmer. In dieser Dreiheit anstelle der Dualismen Staat/Einzelnr, Staat/Wirtschaft, soll die aufkommende Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens in Staat, Gesellschaft und Einzelner aufgezeigt werden. Gesellschaftliche Aufgaben in der Mitte zwischen Staat und Einzelnem haben im Betrieb die Betriebsratsmitglieder. Hierbei darf hervorgehoben werden: Faßt man das Ganze des menschlichen Zusammenlebens als Gesellschaft, so überwölbt die Gesellschaft sowohl den Staat als auch den Einzelnen. Faßt man jedoch die Gesellschaft als Gruppe, welche in der Zusammenfassung von Menschen über den Einzelpersonen steht, aber mit keinen vom Staate abgeleiteten Zwangshefugnissen ausgestattet ist, so befindet sich eine solche Gesellschaft im engeren Sinne, wie sie hier und weiterhin behandelt wird, in der Mitte zwischen Staat und Individuum. Diese Mitte soll im

1) Vierkant, "Der Dualismus im modernen Weltbild", 1923, S. 71 ff.

Folgenden jeweils in Anfang, Wirken und Ende um der grundsätzlichen Erkenntnis der Mitte und damit der Dreigliederung des sozialen Lebens willen, wiederholt auch bis in Detail hinein, aber niemals um des Details willen, herausgearbeitet werden. Im Spiegel des Betriebsrats wird das dreigliederte Gesellschaftsbild erkennbar.

Z w e i t e s K a p i t e l

Durchführung des Sozialitätsprinzips in der Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder

I. Die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder

1. Der Begriff der Rechtsstellung

Auf den gefundenen methodischen Grundlagen läßt sich anhand der gesetzlichen Vorschriften Einsicht in die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder gewinnen.

Diese Rechtsstellung ist, nicht für sich allein, in sich geschlossen - statisch, sondern, in Rechtsbeziehungen, speziell in Rechtsverhältnissen, zu betrachten und demgemäß zu analysieren.

In einem Rechtsverhältnis befinden sich die Betriebsratsmitglieder als Einzelne und in ihrer kollegialen Zusammenfassung als Betriebsrat zu den übrigen Arbeitnehmern als Einzelnen und in deren Zusammenfassung als Belegschaft. Der Betriebsrat und seine Mitglieder stehen den einzelnen Arbeitnehmern bezüglich ihrer Arbeitsverhältnisse und im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung helfend und schützend zur Seite (vgl. §§ 82 Abs. 2 Satz 2, 83 Satz 2 und 3, 84 Abs. 1 Satz 2, 85 mit 86, 89, 90 ff., 96 ff., 99 ff., 102 ff. BetrVG).

Die Rechtsnatur des Betriebsrats ist seit je her heftig umstritten.¹⁾ In der Weimarer Zeit wurde die Stellung des Betriebsrats überwiegend als die eines gesetzlichen Vertreters aufgefaßt²⁾, später als Organ³⁾ oder auch als eigenständiger gesetzlicher Verwalter⁴⁾ oder als Repräsentant der Belegschaft.⁵⁾

Gleichgültig, welcher der zitierten und viel beschriebenen Ansichten man sich anschließt, ergeben sich materiellrechtlich keine Besonderheiten.⁶⁾

Im Folgenden wird der Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft⁷⁾ angesehen. Er wird von den im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern gewählt, die Legitimation für die Repräsentation erhalten die Mitglieder des Betriebsrats durch die Wahl.⁸⁾

1) Vgl. Kammann-Hess-Schlochauer vor § 1 Rz. 22.

2) Dietz-Richardi § 1 Anm. 15 (m.w.N.).

3) Galperin/Löwisch, a.a.O. vor § 1 Rz 52, Fitting/Auffarth/Kaiser, a.a.O. § 1 Rz. 32.

4) Neumann/Düsberg, a.a.O. S. 238.

5) Dietz-Richardi, a.a.O. § 1 Anm. 19 (m.w.N.).

6) Kammann-Hess-Schlochauer vor § 1 Rz. 33.

7) Ebenso Dietz-Richardi, a.a.O. § 1 Anm. 19 (m.w.N.).

8) Ebenso für die Parlamentsmitglieder Achterberg in "Grundzüge des Parlamentsrechts", München 1971, S. 11.

Das Innenverhältnis zwischen Betriebsrat (als Kollegium und in seinen Mitgliedern) einerseits und der Belegschaft andererseits ist ein gesellschaftliches Vertrauensverhältnis, ein Sozialverhältnis (s.o.S. 26 f.)

In einem Rechtsverhältnis stehen die Betriebsratsmitglieder als solche, nicht nur auf Grund ihres Arbeitsverhältnisses, Überdies zum Betriebsinhaber. Sie wirken mit ihm vielfältig zusammen, als Ganzes (Betriebsrat) insbesondere beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen und bei der Entscheidung über die Einstellungen und Entlassungen von Arbeitnehmern - die von der notwendigen Beratung bis zum Zustimmungserfordernis reicht. Schon dieses Zusammenwirken erzeugt eine ständige Rechtsbeziehung zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrats, ein Rechtsverhältnis, das ebenfalls ein Sozialverhältnis und hierbei Ausdruck des Sozialitätsprinzips ist.

Es läge nun nahe, den Betriebsrat und seine Mitglieder im Verhältnis zum Arbeitgeber oder Betriebsinhaber als Sozialpartner zu bezeichnen. Doch ist dieser Begriff für die Partner in dem überbetrieblichen Bereich der Tarifvertragsparteien und der Vertragsparteien im Sozialversicherungsrecht, insbesondere für die kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Orts-, Betriebs-, Innungskassen verbraucht (§§ 368 g, h RVO). Für den engeren Betriebsbereich bietet sich aber im Anschluß an "Sozialpartnerschaft" gemäß dem Sozialitätsprinzip der Begriff der Sozialitätspartnerschaft an.

In der Tat läßt sich der Betriebsrat als Ganzes und lassen sich die einzelnen Betriebsratsmitglieder als Sozialitätspartner (in Einzahl beim Betriebsrat insgesamt, in Mehrzahl bei den Mitgliedern) charakterisieren.

Im Bewußtsein dieser Rechtsverhältnisse (Sozialverhältnisse mit Repräsentanz und Sozialitätspartner-schaft) entsteht das Bemühen um einen die Gesamtsituation in ihren vielfältigen Rechtsverhältnissen mit einem einfachen Wort bezeichnenden Ausdruck. Als ein solches Wort kommt der Begriff des Amtes in betracht.

2. Der Begriff des Amtes

a. Definition des Amtsbegriffs

Im allgemeinen wird der Begriff des "Amtes" im öffentlichen Recht angewandt. Hier ist, wenn man Walter Rudolf¹⁾ folgt, Amt die "kleinste Verwaltungseinheit". "Es ist die Amtsstelle oder der Dienstposten eines Menschen und bezeichnet dessen institutionell bestimmten konkreten Aufgabenbereich innerhalb der Verwaltungsorganisation. Organisationsrechtlich ist also mit jedem Amt eine Aufgabe und eine Zuständigkeit verbunden."

1) In "Allgemeines Verwaltungsrecht" herausgegeben von Erichsen und Martens, Berlin/New York 1975, S. 435.

b. Amtsbegriff nach Hans J. Wolff

Differenziert stellt sich der Begriff des Amtes in den von Hans J. Wolff mitbegründeten organisationsrechtlichen Lehren dar. In ihnen wird "Amt" im Zusammenhang mit "Zuständigkeit" gesehen. Organisationsrechtlich bedeutet dabei "Zuständigkeit, die Zuordnung der einer Organisation eigenzuständigen (von ihr freiwillig übernommenen oder durch Verfassung oder Gesetz auferlegten) Aufgaben auf innerorganisatorische Wahrnehmungssubjekte (Aufgabenzuständigkeit als Wahrnehmungszuständigkeit)."¹⁾

Ein Inbegriff von solchen Wahrnehmungszuständigkeiten ist dann das Amt. Das so bestimmte Amt ist "von den Eigenzuständigkeiten einer Person oder einer Unterorganisation zu unterscheiden."²⁾

Auch innerhalb des Amtsbegriffs sind mehrere begriffliche Besonderheiten systematisch zu unterscheiden:

Abstrakt institutionalisierte Ämter werden durch Gesetz gebildet" "und im Bedarfsfall konkret errichtet durch einen Beststellungsakt, der die wahrzunehmenden Geschäfte genauer bestimmt. Konkret institutionalisierte, insbesondere die organisatorischen Ämter, sind in sachlicher und örtlicher Hinsicht stets konkret. Ihre

1) Hans. J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. München 1976, § 72 I b.

2) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 I c.

Errichtung fällt daher in der Regel mit ihrer Bildung zusammen."¹⁾

Damit "dient der Amtsbegriff der getrennten Erfassung des pflichtgebundenen, fremdnützigen und meist auch auf überpersönliche Werte bezogenen Aufgabenbereiches eines Menschen in Abhebung von seinen eigenen Angelegenheiten, der Trennung von Person und Amt."²⁾ Dann es haben, wie Wolff weiter darlegt, "alle Personen eine allgemeine Rechtsstellung; verschiedene Gruppen von Personen haben überdies eine besondere Rechtsstellung. Außerdem kann man unterscheiden die - allgemeine und besondere - Rechtsstellung von Privatpersonen von der - allgemeinen und besonderen - Rechtsstellung von Zivilpersonen. Letztere wird seit Georg Jellinek "Status" genannt."³⁾

Die allgemeine Rechtsstellung der Zivilpersonen enthält - wie Wolff differenziert - den passiven, negativen, positiven und aktiven Status.⁴⁾ "Besondere Rechtsstellungen von Zivilpersonen ergeben sich in jeder dieser vier Richtungen aus ihrer Zugehörigkeit zu einem besonderen unterstaatlichen Träger hoheitlicher Gewalt."⁵⁾

Wolff erläutert dies dahin: "Ein sich in allen vier Richtungen des Status auswirkender Sonderstatus wird

1) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 I d 1.

2) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 I c.

3) Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., München 1974, § 32 IV a.

4) Wolff/Bachof, a.a.O. § 32 IV c.

5) Wolff/Bachof, a.a.O. § 32 IV c.

insbesondere begründet durch etliche, der sogenannten besonderen Gewaltverhältnisse (besser: "besondere Pflichtverhältnisse" (Ule)) oder - da es auch privatrechtlich "besondere Gewaltverhältnisse", zum Beispiel der Kinder gibt - "verwaltungsrechtliche Sonderverhältnisse"¹⁾. Begründet und beendet werden solche statusartigen verwaltungsrechtlichen Sonderverhältnisse teils kraft gesetzlichen Zwanges (z.B. für Grundschüler, Wehrpflichtige, Gefangene), teils freiwillig (z.B. von höheren Schülern, Studenten, Beamten, Berufssoldaten). Das verwaltungsrechtliche Sonderverhältnis hebt - wie jeder Sonderstatus - den allgemeinen Status nicht auf, kann aber dazu führen, daß die Rechte aus dem allgemeinen Status teils extensiv, teils restriktiv verändert, insbesondere die Ausübung der Grundrechte einschränkt und die Pflichten erhöht werden, soweit der Sinn des Sonderstatus dies erfordert."²⁾

Damit gewinnt der Begriff des Amtes neben der institutionellen Bedeutung einen statusrechtlichen Charakter. Bezieht sich der besondere Status einer Person auf eine umgrenzte Tätigkeit, so wird "das Wort "Amt" - vgl. Wolff³⁾ - im beamten- (sogenannten status-) rechtlichen Sinne zur Kennzeichnung eines nur der Art nach bestimmten (abstrakten), jedoch jeweils von

1) Wolff/Bachof, a.a.O. § 32 IV 3.

2) Wolff, a.a.O. § 32 IV 3.

3) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 I 4.

einem Menschen wahrzunehmenden Aufgabenbereichs verwendet (Amtsart)."

Während das Amt "als institutionalisierter Inbegriff von Wahrnehmungszuständigkeiten"¹⁾ unabhängig von der jeweils das Amt ausübenden Person besteht, so ist doch der das Amt wahrnehmende Mensch mit dem Amt verbunden. Für diese Stellung des Menschen im Amt wurde der Begriff des Amtswalters geprägt. "Es ist diejenige natürliche Person, welche die im Amt zusammengefaßten Zuständigkeiten in concreto wahrzunehmen hat."²⁾

Von dem Amtswalterverhältnis, welches "die Verbindung eines Amtswalters mit einem Amte derart meint, daß ihn die Versehnung gerade der in diesem Amt zusammengefaßten Aufgaben obliegt", "wird das Dienstverhältnis unterschieden."³⁾ "Wo die Unterschiede beider liegen" - so Schnapp - "ist nicht immer einfach auszumachen." Nimmt man mit Hans J. Wolff an, daß die Hauptpflicht aus dem Grundverhältnis sich, "auf die Wahrnehmung eines bestimmten oder in der Regel - nur der Art nach bestimmten Amtes" richtet, die Hauptpflicht aus dem Amtswalterverhältnis dagegen auf die Versehnung der Amtsfunktionen, dann scheinen hier keine qualitativen, sondern nur graduelle Unterschiede vorzuliegen."⁴⁾

1) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 I c.2.

2) Wolff/Bachof, a.a.O. § 73 III a.

3) Schnapp, "Amtsrecht und Beamtenrecht", 1977
Duncker und Humbolt, II. 2. Kapitel S. 129.

4) Schnapp, a.a.O. S. 129 mit Fn 22.

3. Der Amtsbegriff im Betriebsrat

a. Die Anwendung des allgemeinen Amtsbegriffs

a.a. Der gesellschaftliche Amtsbegriff

Während bisher der Begriff des "Amtes" auf einen staatlichen oder kommunalen Bereich bestimmt umrissener Aufgaben bezogen worden war, ist er nunmehr in dem hier erörterten Sozialitätsbereich zu untersuchen. Auch hier läßt sich von einem "Amt" als einem Inbegriff von innerlich zusammenhängenden, sich in der Art wiederholenden, weithin durch gesetzliche Vorschriften geordneten, in bestimmten Formen und in allmählich sich bildender Tradition zu bewältigenden Aufgaben sprechen.

b.b. Die Einführung des Begriffs des "Amtes" durch das Betriebsverfassungsgesetz 1972

Die gekennzeichneten Voraussetzungen des Amtsbegriffs sind beim Betriebsrat als Ganzem erfüllt. Die oben wiedergegebenen Vorschriften zeigen einen fest umrissenen Aufgaben- und Wirkungskreis. Die einzelnen Betriebsratsangehörigen, also die Betriebsratsmitglieder, haben eine "Aufgabe", die als Amt charakterisiert werden kann. Sie haben als Teil dieses Ganzen selbst ein Amt. Dies entspricht der im Gesetz selbst angewandten Terminologie.

Nach § 37 Abs. 1 BetrVG führen die Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt. Desweiteren wird in § 37 Abs. 7 BetrVG ein Freistellungsanspruch zur Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen für jedes Betriebsratsmitglied "während seiner regelmäßigen Amtszeit" geregelt. Nach § 21 BetrVG beträgt die regelmäßige Amtszeit des Betriebsrats drei Jahre. Damit ist positivrechtlich klargestellt, daß das einzelne Betriebsratsmitglied und der jeweilige Betriebsrat als Kollegium ein Amt haben.

Für das einzelne Betriebsratsmitglied ist dies in § 37 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich bestimmt. Der Betriebsrat als Kollegium hat nach § 21 BetrVG eine Amtszeit.

b. Das privatrechtliche Gepräge des betriebsverfassungsrechtlichen Amtsbegriffs

In den gesetzlichen Anordnungen ist nicht ersichtlich, daß im Betriebsverfassungsgesetz der Begriff "Amt" in einer anderen als der allgemein geläufigen Bedeutung, wie sie aus dem "Verwaltungsrecht" bekannt ist, zu verstehen wäre - nur mit dem sich aus der "Natur der Sache"¹⁾, hier der nicht öffentlichrechtlichen Natur des Betriebes, ergebenden Unterschied, daß das Betriebsrats in einen privatrechtlichen Betrieb eingefügt ist. Da die Betriebsverfassung dem Privat-

1) Gustav Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform in : Festschrift für Lauun, 1948, S. 157 ff, Herbert Schambeck, Der Begriff der Natur der Sache. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Wien 1964; Ottmar Ballweg, Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 57, Basel 1960.

recht zuzurechnen ist, (vgl. oben S. 5f.), ist das Amt des Betriebsrates privatrechtlicher Natur.¹⁾ Obgleich es nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist, muß es als Amt im rechtlichen Sinne angesehen werden. Im Privatrecht gibt es zudem ähnliche Beispiele, wie den Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, usw. Die dogmatische Ähnlichkeit²⁾ ist dadurch begründet, daß der Betriebsrat, wie die vorbezeichneten Amtswalter, einen Interessenausgleich herbeiführen soll; einen Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer und den Interessen des ganzen Betriebes, wie der Betriebsrat die Arbeitnehmer repräsentiert,³⁾ haben seine Mitglieder ein Amt, welches nach demokratischen Prinzipien erlangt wird.

c. Der spezielle Amtsbegriff beim Betriebsrat

a.a. Das Betriebsratsamt im institutionellen Sinne

Haben die Betriebsratsmitglieder ein Amt und haben dies auch die Betriebsratsmitglieder als Kollegium, so erscheint es darüberhinaus als zulässig, das Wort "Amt"

1) Galperin/Siebert, Betriebsverfassungsgesetz, Vorbem. S. 40 ff. vor § 1; Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. II Hbb. 2, a.a.O. § 52 e, S. 1095.

2) Nikisch, Arbeitsrecht, § 91 I 9, S. 19.

3) s.o. S. 41

auch als allgemeine Bezeichnung für die gesetzliche Institution des Betriebsrats anzuwenden.

Der Betriebsrat erfüllt - abgesehen von der statusmäßigen Stellung seiner einzelnen Mitglieder¹⁾ - in seiner Zusammenfassung als Kollegium den Begriff des Amtes im institutionellen Sinne. Allerdings unterscheiden sich die Institution des Betriebsrates und damit der Betriebsrat im institutionellen Sinne von staatlichen oder kommunalen Ämtern in deren institutionellem Sinne dadurch, daß der Bestand der Institution Betriebsrat - nicht nur der seiner Mitglieder - davon abhängig ist, daß in dem jeweiligen Betrieb überhaupt ein Betriebsrat gewählt wird. Im Betriebsverfassungsgesetz ist zwar eine Betriebsratsfähigkeit, aber keine Betriebsratspflicht für Betriebe normiert. Wenn also - etwa in patriarchalischen Verhältnissen - die Belegschaft ständig oder zeitweise keinen Betriebsrat zu haben wünscht, so besteht die Institution in dem betreffenden Betriebe nicht. Gleichwohl ist in allen denjenigen Fällen - und diese stellen erfahrungsgemäß die Regel dar -, in denen ein Betriebsrat mehr oder weniger ständig gewünscht und gewählt wird, der Betriebsrat als Institution von dem jeweiligen Kollegium und den Betriebsratsmitgliedern zu unterscheiden. Er gehört zu der oben gekennzeichneten Gruppe der konkret institutionalisierten Ämter (vgl. S. 45), bei denen die Errichtung mit ihrer Bildung zusammenfällt.

1) siehe unten 3 b

Dies ist für die Gesamtstruktur von Bedeutung, indem insbesondere bei ständig wiederkehrenden Bildungen sich eine gewisse Kontinuität, im Verhältnis der Betriebsratsmitglieder im Verhältnis zu der Belegschaft und dem Betriebsinhaber bilden kann.

Ein konkret institutionalisierter Amtsbegriff des Betriebsrats liegt dem Betriebsverfassungsgesetz für den Betriebsrat weiter insofern zu Grunde, als nicht in jedem Betrieb ein Betriebsrat gebildet werden darf und kann, sondern nur in Betrieben von einer bestimmten Belegschaftszahl an. Voraussetzung für das Vorhandensein der Institution "Betriebsrat" ist danach die Betriebsratsfähigkeit.

Gemäß § 1 BetrVG werden in Betrieben mit in der Regel mindestens 5 ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen 3 wählbar sind, Betriebsräte gewählt. Die Zahl 5 gilt für alle Arten von Betrieben. Ausnahmen für land- und forstwirtschaftliche Betriebe (wie noch nach § 8 Abs. 2 BetrVG 1952: 10) gibt es nicht mehr. Die Struktur der wirtschaftlichen, d.h. auf Gewinnerzielung gerichteten Betriebe ist in der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr landwirtschaftlich, gewerblich, kaufmännisch oder sonst besonderer, z.B. patriarchalischer Art; sie ist einheitlich.

Anders geraten ist allerdings die Struktur der von den Religionsgemeinschaften betriebenen karitativen und erzieherischen Einrichtungen. Diese sind aus dem Betriebs-

verfassungsgesetz in seinem § 118 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich herausgenommen. Konfessionelle Krankenhäuser sind also nicht betriebsratsfähig, geschweige denn, daß ihre Träger betriebsratspflichtig wären.¹⁾ Dies hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil im wesentlichen unter Hinweis auf Art. 4 Abs. 2 und Art. 140 GG²⁾, dieses in Verbindung mit Art. 137 Abs. 3 WVerf. 1919 überzeugend begründet. Dagegen besteht keine Veranlassung, die Tendenzbetriebe des § 118 Abs. 1 BetrVG, insbesondere die sog. gemischten (d.h. mit Gewinnstreben gemischten) Tendenzbetriebe wie Verlage von der Betriebsratsfähigkeit auszunehmen. Auch sie finden nach § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG am Ende die Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes keine Anwendung, soweit die Eigenschaft des Unternehmens oder des Betriebes entgegensteht.

Auch die Besonderheiten für bestimmte Betriebsgattungen ändern aber nichts an dem Gepräge des Betriebsrats als eines Amtes im institutionellen Sinne in betriebsratsfähigen Betrieben nach der darin von der Relegschaft getroffenen Grundsatzentscheidung für seine Bildung.

Die sich aus § 1 BetrVG zahlenmäßig ergebenden Voraussetzungen für die Betriebsratsfähigkeit des Betriebsinhabers sind mit dem Wahlrecht der Arbeitnehmer zum

1) Dietz-Richardi, a.a.O. § 118 mit genauer Darstellung der gesamten Problematik des § 118 BetrVG.

2) BVerfG, Beschluß vom 11.10.1977, Bd. 46 S. 74 ff.

Betriebsrat verknüpft. Wahlberechtigt sind nach § 7 BetrVG alle Arbeitnehmer, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Wählbar sind nach § 8 BetrVG alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben (weitere Einzelheiten in § 8 Abs. 1 Satz 2 und 3, ferner Abs. 2 BetrVG). Abgrenzungen, die für die Betriebsratsfähigkeit von Familien-, Klein- oder Zweigbetrieben, auch bei Betriebsteilen, die auf Grund von § 4 BetrVG als selbständige Betriebe gelten, praktisch werden können, gehören in die Kasuistik.

Nur auf ein modernes, durch den sogenannten zweiten Arbeitsmarkt der Zeitarbeit entstandene Besonderheit sei hingewiesen. Im Zusammenhang mit der Betriebsratsfähigkeit der Arbeitnehmer (siehe sogleich unter b.b.) wird die Frage nach der aktiven und passiven Wahlfähigkeit der Zeitarbeitnehmer (der sogenannten Leiharbeitnehmer) zu untersuchen sein. Diese Frage spielt jedoch im Zusammenhang mit der Betriebsratsfähigkeit eines Betriebes keine Rolle, da hierfür in § 1 BetrVG 1972 vorausgesetzt ist, daß mindestens fünf ständige Arbeitnehmer dem Betrieb angehören, was bei einem Zeit- oder sog. Leiharbeitnehmer gerade nicht der Fall ist (vgl. den unten ebenfalls näher zu erörternden § 3 Abs. 1 Nr. 6 und den § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 7.8.1972).

Für die in der vorgelegten Arbeit erstrebte Grundsatz-erkenntnis ergibt sich daraus: Infolge des unbestimmten Rechtsbegriffs "ständig" in § 1 BetrVG 1972 hat der

sog. 2. Arbeitsmarkt die objektive Betriebsratsfähigkeit eines Betriebes nicht zu beeinflussen vermocht. Diese ist ohne Rücksicht auf die Zahl der Zeitarbeitnehmer zu bestimmen. Über die subjektive Betriebsratsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers wird auch im Zusammenhang mit der Zeitarbeit unten geschrieben werden.

Institutionelles Gepräge hat ferner die Regelung in § 9 BetrVG, worin die Zahl der Betriebsratsmitglieder abstrakt in ein Verhältnis zur Zahl der Belegschaftsmitglieder gesetzt wird. Die Begrenzung der Betriebsratsfähigkeit eines Betriebes und die abstrakte Festlegung der zahlenmäßigen Zusammensetzung ist unabhängig von den Personen, die später gewählt werden, hat also ein rein institutionelles Gepräge. Ist somit zwar Voraussetzung für ein Betriebsratskollegium und der Wahl von Betriebsratsmitgliedern als das Vorhandensein eines Betriebsrats als Institution im konkreten Betriebe, so erfüllt doch der Betriebsrat als Institution die Voraussetzungen für den Begriff des "Amtes" in einem allgemeinen, auf staatliche, kommunale oder sonstige hoheitliche Aufgaben nicht begrenzten Sinne in der Bedeutung eines konkret institutionalisierten Amtes.

Um den besonderen Bereich des Betriebsrats als Institution und seiner Mitglieder persönlich als Kollegium und als Einzelne kenntlich zu machen, darf schließlich an den oben entwickelten Begriff des Sozialitätsverhältnisses angeknüpft und der Betriebsrat in das Rechts-

system als Sozialitätsamt eingeführt werden, wobei jeweils durch die den Zusammenhang des Satzes oder ausdrücklich deutlich zu machen ist, ob das Amt im objektiv institutionellen oder subjektiv-personellen Sinne gemeint ist. Die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats sind dann von dem durch sie erfüllten Amtsbegriff her als Amtswalter zu kennzeichnen.

b.b. Das Betriebsratsamt im statusrechtlichen Sinne

α) Die statusbegründende Wahl

Um zu dem konkreten "Amt" Betriebsrat und persönlich zu dem speziellen Betriebsratskollegium zu gehören, ist die Wahl des einzelnen Arbeitnehmers in den Betriebsrat in einem betriebsratsfähigen Betrieb erforderlich. Diese Wahl verschafft den Gewählten eine bestimmte, umgrenzte Rechtsstellung, einen von seiner Individualperson zu unterscheidenden Status. Für den Erwerb dieser persönlichen Amtsstellung, die der Persönlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers innerhalb des Betriebes sowohl dem Inhaber wie den Arbeitskollegen ein besonderes Gepräge und daher einen "Status" in der Individualperson gibt, stellt das Gesetz einige Voraussetzungen auf.

β) Die Betriebsratsfähigkeit der Arbeitnehmer

Subjektive Voraussetzung für die Entstehung eines Betriebsratsamtes ist die Betriebsratsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers.

Für die Betriebsratsfähigkeit des Arbeitnehmers gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze der Rechts- und Ge-

schäftsfähigkeit.

Von der Betriebsratsfähigkeit sind jedoch von vornherein einige Gruppen von Arbeitnehmern¹⁾ ausgeschlossen, sowie die leitenden Angestellten nach § 5 BetrVG.

γ) Die Arbeitsvoraussetzung der persönlichen Betriebsratsfähigkeit im besonderen

Soweit gruppenmäßig keine Einschränkungen der Betriebsratsfähigkeit bestehen, ist Voraussetzung für die subjektive Betriebsratsfähigkeit eines Arbeitnehmers, die Arbeitsbeziehung zwischen ihm und dem Betriebsinhaber. Mit Hilfe dieser Arbeitsbeziehung kann der Arbeitgeber von vornherein auf das Betriebsratsamt im institutionellen Sinne und die Zusammensetzung des Betriebsrats im statusrechtlichen Sinne einwirken. Diese Einwirkungsmöglichkeit beginnt mit der dem Arbeitgeber überlassenen Initiative bei der Auswahl seiner Mitarbeiter. Er kann - abgesehen von Einstellungsverpflichtungen wie bei Schwerbehinderten - sich seine Mitarbeiter aussuchen, kann es also vermeiden, einen Arbeitnehmer einzustellen, von dem er weiß oder befürchtet, daß er ihm als Betriebsratsmitglied unbequem sein könnte.

1) s. § 5 Abs. 2 BetrVG. Desweiteren Angehörige von Gemeinschaften mit geschlossener Lebensordnung wie Mönche oder Ordensschwestern, h. Rspr. (s. BVerwG AP Nr. 1 zu § 3 PersVG Baden-Württemberg; LAG Hamm, Urt. v. 9.9.1971 - DB 1972, S. 292) und Lehre (Frauenkron, BetrVG § 5 Anm 11; Kraft, GK-BetrVG § 5 Anm. 24 m.w.N.).

Bei der An- und Einstellung des Arbeitnehmers bewegen wir uns zunächst in der rein privatrechtlichen Sphäre. Infolgedessen sind die allgemeinen privatrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Arbeitnehmerstellung im Betrieb zu beachten. Das rechtlich Zunächstliegende ist daher der Abschluß eines Arbeitsvertrages gemäß § 611 ff., 145 ff. BGB. Hierfür ist bürgerliches Recht maßgebend. Doch greifen alsbald die Grundsätze des Betriebsverfassungsrechts ein. Nach § 99 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber in Betrieben mit regelmäßig mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern den Betriebsrat vor jeder Einstellung eines Arbeitnehmers eingehend über dessen Personalien zu unterrichten und die Zustimmung zu seiner Einstellung einzuholen.¹⁾ Bis zur Erteilung oder sogar nach Ablehnung der Zustimmung darf der Arbeitgeber zwar - insoweit im individualrechtlichen Bereich bleibend - den Arbeitnehmer vorläufig beschäftigen, wenn dies nach Meinung des Arbeitgebers "aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist"²⁾ (vgl. § 100 Abs. 2 BetrVG). Doch auch hiervon muß der Arbeitgeber den Betriebsrat unter-

1) In Betrieben mit weniger Beschäftigten braucht der Arbeitgeber das Verfahren nach § 99 BetrVG nicht einzuhalten. Jedoch ist es gem. § 2 BetrVG nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit wünschenswert, daß auch in kleineren Betrieben der Betriebsobmann von einer geplanten Einstellung zumindest unterrichtet wird.

2) Vgl. Begr.Reg.E., BT-Drucks. VI/1786 zu § 100, S. 52; Ausschlußbericht, BT-Drucks. zu VI/2729, S. 6

richten. Dieser kann dann die Dringlichkeit¹⁾ der vorläufigen Maßnahme bestreiten, wogegen der Arbeitgeber binnen drei Tagen das Arbeitsgericht anrufen muß (§ 100 Abs. 2 BetrVG), welches die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt oder dies ablehnt (§ 100 Abs. 3 BetrVG). Die endgültige Zulässigkeit der Einstellung hängt ebenfalls vom Zusammenwirken der Inhaber der individuellen, betrieblich-sozialen und staatlichen Kräfte ab. Der Betriebsrat kann auf die Information des Arbeitgebers²⁾ über die von ihm beabsichtigte Einstellung des Arbeitnehmers die Zustimmung aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend aufgezählten Gründen verweigern. Demgegenüber kann der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG beantragen, die Zustimmung zu ersetzen. Hierüber entscheidet dann das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG.

Somit wird bereits bei Beginn des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzung für die Betriebsratsfähigkeit des

1) Nur dringliche betriebliche Gründe (nicht persönliche des Arbeitnehmers) sind entscheidend, s. Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG § 100 Anm. 1 m.w.N., ArbG Berlin, Beschluß vom 28.11.1973 - 10 BV 12/73 - in DB 1974, S. 341, 342; Adomeit, Einstellungen und Entlassungen nach dem neuen BetrVG, DB 1971, S. 2360 ff. (2361) m.w.N..

2) Die Unterrichtung muß durch den Arbeitgeber erfolgen, sichere Kenntnis von anderer Seite über die geplante Einstellung reicht nicht. S. hierzu Richardi, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, ZfA 1972, Sonderheft Mai, S. 10.

einzelnen Arbeitnehmers deutlich: In den Entschlüssen der beteiligten Einzelpersonen wirken zusammen mit den im Betriebsrat angesiedelten gesellschaftlichen Kräften, und über den Sozialbereich hinaus wird der Staat durch das Organ des Arbeitsgerichts hilfsweise zu Hilfe gerufen, nach der betrieblichen Ebene also die staatliche angegangen. Man erkennt daher schon in der ersten Voraussetzung für ein Betriebsratsamt, bei der Einstellung in den Betrieb - der vorläufigen und der endgültigen - die Dreigliederung des menschlichen Zusammenlebens in den Gestalten Individuum, Gesellschaft und Staat.

Das bisher behandelte Arbeitsvertragsverhältnis ist im Bereich des allgemeinen ("ersten") Arbeitsmarktes auf Beschäftigung im Betrieb des einstellenden Arbeitnehmers gerichtet.

Auch im Bereich des allgemeinen Arbeitsmarktes erhebt sich die Frage, ob der Vertragsschluß dafür genügt, daß ein Arbeitnehmer betriebsratsfähig ist, oder ob zum Erwerb der subjektiven Betriebsratsfähigkeit in jedem Fall die tatsächliche (faktische) Beschäftigung in dem Betrieb hinzukommen muß, für den die subjektive Betriebsratsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers vorhanden sein soll.

Die Frage ist von praktischer Bedeutung für Arbeitgeber, die nach § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vom 7. August 1972 (BGBl. I. S. 1393) "Dritten (Entleiher) Arbeitnehmern (Leiharbeiter) gewerbs-

mäßig zur Arbeitsleistung überlassen", sog. Zeitarbeitunternehmer. Hier sind die Zeitarbeitnehmer (im Unterschied zum sog. Stammpersonal) nicht im Betrieb des Zeitarbeitunternehmers faktisch tätig, wohl aber von ihm angestellt und als seine Arbeitnehmer, wie §§ 9 und 11 AÜG zeigen, anzusehen.

Gemäß § 8 BetrVG sind wählbar alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören oder als in der Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben. "Angehören" kann hierbei bedeuten:

faktische Eingliederung
oder vertragliche Anstellung
oder vertragliche Anstellung und
faktische Eingliederung.

Die Fragen wurden im Schrifttum¹⁾ verschieden beant-

1) Vertreter der sog. Eingliederungstheorie:

Früher: Siebert, Die Begründung des Arbeitsverhältnisses, in DAR 1937, S. 305 ff.; Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927, S. 60 ff., Heute vor allem: Nikisch, Lb. Bd. I § 14 S. 91 ff. und § 19 IV, S. 172.; Maus, Handbuch, Bd. I-IV, Teil II, Anm. 35 ff.; Metzmaier, Die Eingliederungstheorie und die Lehre vom Arbeitsverhältnis, S. 29 legt dar, daß von einer Eingliederungstheorie wegen größerer Verschiedenheit vor allem zwischen Potthoff, Siebert und Nikisch nicht gesprochen werden kann; ebenso Krüppel, Arbeitsvertrags- und Eingliederungstheorie, S. 22 ff.

Vertreter sog. Vertragstheorie:

Hueck, in Hueck-Nipperdey, Lb. Bd. I § 9, S. 37 ff. und § 21, S. 113 ff.; ders. Vertragstheorie und Eingliederungstheorie, in RdA 1955, S. 323 ff.; Nipperdey, Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, in DAR 1937, S. 142 ff.; Schnorr von Carolsfeld, Lb. S. 122 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, Vorbem. vor § 611 BGB, Rz. 16.

wortet. Die einen nehmen an, daß die vertragliche Anstellung bei dem Betriebsinhaber erforderlich, aber auch genügend ist, um die Betriebsangehörigkeit entstehen zu lassen; andere verlangen hierfür in jedem Falle die faktische Eingliederung in den Betrieb, wieder andere streiten darüber, ob diese faktische Eingliederung in den Betrieb genügt, ohne daß ein wirksamer Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsvertrag mit dem Inhaber des Betriebes, in welchem der Arbeitnehmer arbeitet, zustande gekommen sein muß.

Zwischen den beiden Alternativen in § 8 Abs. 1 Satz 1 ("dem Betrieb angehören oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben") dürfte für die Wählbarkeit des Arbeitnehmers kein Unterschied angeordnet sein. Beim Heimarbeiter ist die Notwendigkeit, für den Betrieb gearbeitet zu haben, ausdrücklich klargestellt. Folglich muß auch bei der Betriebsangehörigkeit der ersten Alternative die Arbeit für den Betrieb vorausgesetzt werden.

Diesem Ergebnis entspricht schließlich der gesellschaftliche Sinn der Wählbarkeit nach § 7 BetrVG. Nur wer mit dem Betrieb durch seine Arbeit verbunden ist, soll in der betrieblichen Organisation der Arbeit mitwirken. Die persönliche Verbundenheit ist Voraussetzung für die gesellschaftliche Funktion des Arbeitnehmers im Betrieb.

Für die subjektive Betriebsratsfähigkeit auf der Grundlage des § 8 BetrVG genügt es also nicht, daß der Arbeitnehmer mit dem Betriebsinhaber seit sechs Monaten

in einem Arbeitsvertragsverhältnis steht, vielmehr muß eine faktische Arbeitstätigkeit von mindestens 6 Monaten in dem Betrieb des Arbeitgebers hinzukommen.

Ist sonach die rechtliche Bedeutung der Faktizität der Arbeit als Erfordernis außer einem Vertragsschluß erkannt, so ist doch zweifelhaft, ob für die Betriebsratsangehörigkeit oder Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Betrieb nach § 8 BetrVG die Faktizität der Arbeit sogar genügt, ohne daß ein wirk-samer oder überhaupt ein Vertragsschluß mit dem Be-triebsinhaber oder der rechtliche Fortbestand des Ar-beitsverhältnisses trotz Kündigung (auf Grund gericht-licher Feststellung ihrer Unwirksamkeit) erforderlich wäre.

Zwar setzt § 8 BetrVG für die passive Wählbarkeit voraus, daß die zu wählende oder gewählte Person "Wahlberechtigter" ist. Wahlberechtigt sind nach § 7 BetrVG alle "Ar-beitnehmer", die das 18. Lebensjahr vollendet haben. "Arbeitnehmer" im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind nach § 5 BetrVG "Arbeiter und Angestellte ein-schließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten", mit den aus § 5 Abs. 2 BetrVG ersichtlichen Ausnahmen. Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob "Arbeit-nehmer" (Arbeiter oder Angestellter) nur derjenige ist, welcher in einem wirksam zustande gekommen und wirksam gebliebenen Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber steht, oder auch derjenige, welcher im Betrieb mit Zustimmung des Betriebsinhabers und nach Anhörung des Betriebsrats rein faktisch tätig geworden und geblieben ist. Für die Anhänger der Eingliederungstheorie (siehe

oben S. 62) bereitet die Antwort keine Schwierigkeiten: Faktische Eingliederung in den Betrieb genügt stets, um die Stellung als Arbeitnehmer zu begründen.

Aber auch dann, wenn man die Vertragstheorie (siehe oben S. 62) bevorzugt, ist zu beachten, daß auch die Wahl zum Betriebsrat aktiv wie passiv ein gesellschaftliches Verfahren, kein privatrechtlicher Akt ist. Für dieses Verfahren gelten besondere, seiner Eigenart entsprechende Grundsätze. Sie kommen in § 2 Abs. 3 der Wahlordnung¹⁾ insofern zum Ausdruck, als dort bestimmt ist: "Das aktive und passive Wahlrecht steht nur Arbeitnehmern zu, die in die Wählerliste eingetragen sind." Durch die konstitutive Wirkung der Wählerliste ist zunächst einmal jede Einwirkung auf Wahl und Wählbarkeit eines Arbeitnehmers zum Betriebsrat durch eine spätere Feststellung der privatrechtlichen Nichtigkeit oder durch Anfechtung des Arbeitsvertrages entzogen. Über die positivrechtliche Regelung hinaus zeigt aber das besondere Verfahren, daß sich Wahlrecht und Wählbarkeit zum Betriebsrat nach dem listenmäßig festzuhaltenden und festhaltbaren Auftreten des Einzelnen als Arbeitnehmer richten und daß daher nicht nach Abweichungen im Innenverhältnis bei Aufstellung der Wählerlisten geforscht zu werden braucht, ja nicht einmal Bekanntes verwertet werden darf, wie etwa eine beim Arbeitsgericht angegriffene, in der Schwebe befindliche Kündigung, wenn nur der Arbeitnehmer faktisch weiterbeschäftigt wird. Im Wahlverfahren zeigen sich also die Grenzen der privatrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf das Betriebsratsamt im statusrechtlichen Sinne. Es tritt bereits hier ein

1) 1. Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 16.1.1972 (BGBl. I S. 49).

eigenes Sozialrechtsverhältnis in Erscheinung. Infolgedessen wirkt sich die Herausnahme des Wahlverfahrens aus der rein privatrechtlichen Sphäre umgekehrt erschwerend (im Vergleich mit dem Wortlaut der §§ 7, 8 BetrVG) für Wahlrecht und Wählbarkeit der Arbeitnehmer zum Betriebsrat aus, als in Analogie zum staatlichen und kommunalen Wahlrecht Entmündigte auch von der Sozialwahl zum Betriebsrat ausgeschlossen sind.¹⁾

Zusammengefaßt ergibt sich:

Einem Betrieb, in dem ein Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen von § 8 BetrVG das Amt eines Betriebsratsmitgliedes ausüben darf, gehört ein Arbeitnehmer nur an, wenn er in dem Betrieb mindestens sechs Monate tatsächlich gearbeitet hat, gleichgültig, ob er mit dem Inhaber des Betriebes einen wirksamen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder nicht. Der Abschluß eines Arbeitsvertrages allein begründet noch keine Betriebsangehörigkeit oder -zugehörigkeit im Sinne von § 8 BetrVG und daher auch keine subjektive Betriebsratsfähigkeit des Arbeitnehmers in dem Betrieb des Vertragspartners.

Diese Einsichten lassen sich beispielhaft durch die arbeitsrechtlichen Beziehungen auf dem sog. ²⁾zweiten Arbeitsmarkt, also im Rahmen der Zeitarbeit, erläutern.

1) Vgl. Hueck-Nipperday, a.a.O. § 54, Fn 4.

2) Mittmann, Rechtliche Probleme der Leiharbeit, Diss. jur. Kiel. 1972, S. 16 ff.

Auszugehen ist hierfür von dem Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 7. August 1972 (BGBl. I S. 1393), nach dessen § 1 "Arbeitnehmer, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 des Arbeitsförderungsgesetzes zu betreiben (Verleiher)", der Erlaubnis bedürfen.

Im Verhältnis zum Zeitarbeitnehmer,¹⁾ dem vom Gesetz so genannten Leiharbeitnehmer, ist der Zeitarbeitunternehmer Arbeitgeber. Dies geht aus § 1 Abs. 2 und 3 Abs. 1 Nr. 1-5 hervor, wo die als "übliche Arbeitgeberpflichten" und als "Arbeitgeberrisiko" bezeichneten Anforderungen an die Einräumung der gesellschaftlich-sozialen Stellung eines Zeitarbeitunternehmers aufgestellt sind. Aus diesem Arbeitsverhältnis-zwischen Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitunternehmer wird im Schrifttum²⁾ vielfach hergeleitet, daß der Zeitarbeitnehmer im Betrieb des Zeitarbeitunternehmers nicht nur nach § 7 BetrVG, wenn er das 18. Lebensjahr vollendet hat, für den Betriebsrat wahlberechtigt, sondern auch unter den weiteren Voraussetzungen des § 8 BetrVG in den Betriebsrat wählbar, also betriebsratsfähig, ist. Indessen arbeitet der Zeitar-

1) Die Terminologie "Leiharbeitnehmer", "Verleiher", "Entleiher" ist abzulehnen, da Menschen nicht Gegenstand einer "Leihe" sein können. Vgl. hierzu Küchenhoff, BetrVG-Kommentar, 3. Auflage 1978, § 1 Anm. 4 mit Fußnote und § 99 Anm. 3: besser Zeitarbeitnehmer, Zeitarbeitunternehmer und Betriebsinhaber.

2) Becker, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 1973, S. 27 Anm. 16 ff.

beitnehmer faktisch nicht in dem Betrieb des Zeitarbeitunternehmers, er gehört daher anders als der im Zeitarbeitunternehmen voll beschäftigte Stammarbeiter (Pförtner, Sekretärin des Chefs, Sachbearbeiter) - dem Betrieb des Zeitarbeitunternehmers nach dem oben Ausgeführten nicht im Sinne von § 8 BetrVG an. Obgleich also der Leiharbeitnehmer - dem Rechtsstand nach - Arbeitnehmer des Zeitarbeitunternehmers ist, ist er in dessen Betrieb nicht betriebsratsfähig. Dem Leih- und Zeitarbeitnehmer fehlt die Verbundenheit mit den übrigen Zeitarbeitnehmern. Für den Zeitarbeitnehmer beschränkt sich das arbeitsmäßige Interesse an dem Zeitarbeitunternehmen darauf, daß er in irgendeinem Betrieb dienen und verdienen kann.

Er ist also (auch dem inneren Sinne der Vorschrift nach) nicht in den Betrieb des Zeitarbeitunternehmers arbeitsmäßig eingefügt und soll es daher auch nicht organisatorisch werden.¹⁾

Fraglich ist auch die Betriebsratsfähigkeit des Leiharbeitnehmers im Betrieb des sog. Entleihers. Hier fehlt es zwar am vertraglichen Rechtsstand zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer. Indessen ist der Leiharbeitnehmer für eine gewisse, wenn auch grundsätzlich kurze Zeit in den Betrieb des Entleihers eingefügt. Er arbeitet in dessen Betrieb faktisch mit, gehört diesem Betrieb also an. Demgemäß hat das Bundesarbeitsgericht in sei-

1) Brecht, BetrVG § 5 Anm. 5, Kraft, GK-BetrVG § 5 Anm. 14; ArbG Lörrach, Beschluß v. 7.4.1972 - 1 BV 2/72 - in BB 1972, S. 657.

nam grundsätzlichen Urteil Überzeugend ausgeführt und entschieden,¹⁾ daß auch der Zeit-(Leih-)Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers mit wählen darf. Dagegen vermag der Zeitarbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) die Voraussetzung der sechsmonatigen Betriebsangehörigkeit nach § 7 BetrVG regelmäßig nicht zu erfüllen. Da dem Zeitarbeitunternehmer (Verleiher) gegenüber die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG versagt werden müßte, nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sogar widerrufen werden könnte, wenn der Zeitarbeitunternehmer (Verleiher) einem Entleiher denselben Leiharbeitnehmer länger als drei aufeinanderfolgende Monate überlassen würde, liegt hierin außer der faktischen Unmöglichkeit, die Voraussetzungen des § 8 BetrVG zu erfüllen, der Ausdruck des Rechtsgedankens, daß der Leiharbeitnehmer typisch nicht in den Betriebsrat des Entleihers paßt,²⁾ weil es dem Arbeitnehmer auf Zeit an der Zeit für nähere Begegnungen und Verbundenheiten mit den Stammarbeitnehmern auch des Entleiherbetriebes und für die Teilhabe an einer gewissen Kontinuität der Gesamtarbeit gebricht.

4. Betriebsratswahlen im Zusammentreffen individual- und sozialrechtlicher Prinzipien
 - a. Grundsätzliche Bedeutung des Wahlverfahrens

1) BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB, BAG AP Nr. 1 u. 3 zu § 6 BetrVG

2) Frauenkron, BetrVG § 5 Anm. 7; Becker, a.a.O., S. 129 (134).

Die Entstehung des Betriebsrats erfolgt durch Wahl. Sie ist nicht nur - wie sich zeigte - Voraussetzung für das Vorhandensein eines Betriebsrats überhaupt in einem Betrieb, also für den Betriebsrat als Amt im institutionellen Sinne, sondern auch für die Einsetzung des einzelnen Betriebsratsmitgliedes und damit des Betriebsratskollegiums, mithin für das Amt des Betriebsratsmitgliedes im statusbildenden Sinne. Die Wahl ist daher auch statusbildende Kraft und hat eine solche Kraft für den einzelnen Arbeitnehmer, der in den Betriebsrat als Mitglied gelangt und in der Zusammenfassung der Betriebsratsmitglieder für das Betriebsratskollegium. Dieses bestimmt durch Wahl über die Funktionen der Mitglieder im Kollegium als Vorsitzender und stellvertretender Vorsitzender (§ 26 BetrVG) weiter durch Beschluß über die Bildung und Zusammensetzung von Betriebsausschüssen (§§ 27, 28 BetrVG) und nach Beratung mit dem Arbeitgeber über die Stellung der Betriebsratsmitglieder im Kollegium und im Verhältnis zum Arbeitgeber als dienstbefreites "hauptamtliches" oder als in der beruflichen Tätigkeit bleibendes "nebenamtliches" Mitglied (§ 38 BetrVG).

Die Wahl des Betriebsrats und die darin eine besondere Stellung schaffenden Beschlußfassungen sind in ihrer statusbildenden Kraft von Bedeutung. Maßgebend sind auch hier die gesetzlichen Bestimmungen, also die Wahlvorschriften, die sich für den Zeitpunkt der Betriebsratswahlen in § 13 BetrVG und für das Wahlverfahren in §§

14-18 BetrVG in grundsätzlicher und in der dazu ergangenen Durchführungsverordnung¹⁾ in technischer Hinsicht finden.

Auch im Wahlverfahren treffen individual- und sozialrechtliche Prinzipien zusammen.

b. Wahlhandlung als individueller Akt

Dies gilt zunächst für die Hauptsache, die Wahl selbst. Durch die Willenserklärungen (Abstimmungserklärungen) der Arbeitnehmer wird der Betriebsrat als Kollegium geschaffen. Bei der personalen Zusammensetzung dieses Ganzen sind nochmals Teilganze in Gestalt der Arbeitnehmer (Angestellten- und Arbeiter-)gruppen unter Berücksichtigung von jeweiligen Minderheitengruppen zu beachten, wenn auch nicht mehr institutionell wie noch nach dem Betriebsrätegesetz von 1920 abzusondern (vgl. §§ 10-12 BetrVG).

Die Wahlberechtigten selbst werden im Hinblick auf ihre Zusammengehörigkeit zur Schaffung einer Repräsentation der Belegschaft aufgerufen. Allerdings können bei der Besetzung des Betriebsrats mit seinen Mitgliedern unter den einzelnen wählenden Arbeitnehmern Divergenzen auftreten. Zwar bleibt auch dann noch - von persönlichen Beziehungen oder der Erwartung wirksamer Wahrnehmung eigenbestimmter, sogar eigensüchtiger Interessen durch besondere Wahlbewerber abgesehen - die Tendenz auf die Schaffung eines zum Wohl des Ganzen der Belegschaft arbeitenden bestmöglichen Betriebsrats gerichtet.

1) Erste Verordnung zur Durchführung des BetrVG (Wahlordnung 1972) vom 16.1.1972 (BGBl. I S. 49).

Zu diesem Gesamtakt der Betriebsrätewahl sind die Mitglieder der Belegschaft als Individuen aufgerufen, ebenso zur Entscheidung über die Grundfrage, ob überhaupt gewählt, d.h. ein Betriebsrat als Institution geschaffen werden soll.

Daß die Wahlbehandlung ein individueller Akt, eine höchstpersönliche Willenserklärung, sein soll, geht aus § 14 Abs. 1 BetrVG hervor, wonach der Betriebsrat in geheimer und unmittelbarer Wahl gewählt wird. Durch das Erfordernis der geheimen Wahl¹⁾ soll hier wie sonst sichergestellt werden, daß die Betriebsratswahlen im Ganzen (Frage des "ob") und in seinen Gliedern (Betriebsratsmitgliedern) ohne jeden Einfluß vonstatten geht. Wie wichtig die Geheimhaltung genommen wird, geht daraus hervor, daß bei ihrem Fehlen die Wahl nicht nur nach § 19 BetrVG anfechtbar, sondern nichtig ist.²⁾

Durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Wahl wird jede Möglichkeit einer Delegation oder Vertretung ausgeschlossen, der höchstpersönliche Charakter der Wahl also gesichert.

c. Beschränkte Beteiligung der Gewerkschaften

Die Belegschaftsmitglieder sind weiter allein dazu be-

1) Herschel, Zur Geheimhaltung der Betriebsratswahl, DB 1963, S. 1046 ff.

2) BAG, AP Nr. 6 zu § 3 BetrVG, 52 = BAGE 15, 235.

rufen, den Betriebsrat zu bilden und die einzelnen Betriebsräte zu bestimmen. Die Inhaber gesellschaftlicher Macht auf überbetrieblicher Ebene, die Gewerkschaften, sind nur mittelbar an der Betriebsrätewahl beteiligt.

Nur eine im Betrieb mit mindestens einem Mitglied vertretene Gewerkschaft ist befugt, auf das Wahlverfahren Einfluß zu nehmen, auch auf die Bestellung und die Wahl des Wahlvorstandes¹⁾ und die Vorbereitung und Durchführung der Wahl einzuwirken, und zwar in folgender Weise:

d. Mitwirkung des Gerichts

Wenn der Betriebsrat seiner Pflicht, spätestens acht Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit einen Wahlvorstand nebst Vorsitzenden (Einzelheiten in § 15 Abs. 11 BetrVG) zu bestellen, sechs Wochen vor Ablauf noch nicht wirksam nachgekommen ist, so wird der Wahlvorstand vom Arbeitsgericht auf Antrag von mindestens drei Wahlberechtigten oder einer im Betrieb mit mindestens einem Mitglied vertretenen Gewerkschaft bestellt (§ 16 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). In dem Antrag können, wie in § 16 Abs. 2 Satz 2 BetrVG weiter vorgesehen ist, Vorschläge für die Wahl des Wahlvorstandes gemacht werden. Das Arbeitsgericht ist jedoch an diese Vorschläge nicht gebunden.

1) BAG, AP Nr. 5 zu § 16 BetrVG = BAGE 18, 41 ff.
Bühning, AuR 1953, S. 140.

Für Betriebe mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern kann das Arbeitsgericht sogar auch Mitglieder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, die nicht Arbeitnehmer des Betriebes sind, zu Mitgliedern des Wahlvorstandes bestellen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist (vgl. § 16 Abs. 2 Satz 3 BetrVG).

Eine weitere Möglichkeit, auf die Betriebsratsbildung mittelbar einzuwirken, hat eine im Betrieb mit mindestens einem Mitglied vertretene Gewerkschaft dann, wenn in einem Betrieb kein Betriebsrat besteht und der Wahlvorstand daher in einer Betriebsversammlung gemäß § 17 Abs. 1 BetrVG gewählt wird. Zu dieser Versammlung können nicht nur drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebes, sondern auch "eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft einladen und Vorschläge für die Zusammensetzung des Wahlvorstandes machen" (vgl. § 17 Abs. 2 BetrVG).¹⁾ Findet dann trotz der Einladung keine Betriebsversammlung statt oder wählt die Betriebsversammlung keinen Wahlvorstand, so bestellt ihn das Arbeitsgericht wiederum auf Antrag von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft (§ 17 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Da in § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrVG die Vorschrift des § 16 Abs. 2 BetrVG für entsprechend anwendbar erklärt worden ist, gilt auch hier die Regelung in Satz 3 daselbst, so daß unter dessen Voraussetzungen auch beim Fehlen

1) Popp, Die Bestellung des Wahlvorstandes für die Betriebsratswahl durch die Betriebsversammlung, DP 1959 S. 403 ff.

einer Betriebsversammlung zu Mitgliedern des Wahlvorstandes Mitglieder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, die nicht Arbeitnehmer des Betriebes sind, gewählt werden können.

5. Zusammenfassung:

In alledem zeigt sich die Verbindung von Überindividuellem Ziel und individuellem Akt der Betriebsratswahl in der Person des Wählers (Arbeitnehmers). Darüber hinaus ist in der Vorbereitung der Wahl aus überbetrieblichen Kräften zu achten. So treffen bei der Vorbereitung Maßnahmen der Betriebsräte (bei Bestellung des Wahlvorstandes nach § 16 BetrVG), Maßnahmen des Wahlvorstandes (bei Einleitung und Durchführung der Wahl nach § 18 BetrVG)¹⁾, Akte der Betriebsversammlung (bei der Wahl eines Wahlvorstandes im Falle des Fehlens eines Betriebsrats nach § 17 BetrVG) mit Initiativen der im überbetrieblichen Bereich auf der gesellschaftlichen Ebene befindlichen Sozialpartner (hier der Gewerkschaften mit ihren Vorschlägen und Anträgen gemäß §§ 14 Abs. 7, Abs. 2, 17 Abs. 2 und 3, 18 Abs. 2-3 BetrVG) und subsidiär sogar mit Entscheidungen auf der dritten, der staatlichen, Ebene (mit Ergänzungsbeschlüssen des Arbeitsgerichts gemäß §§ 16 Abs. 2 Satz 3, 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 BetrVG) zusammen.

Wiederum wird hier bei der Betriebsratswahl das Bild einer dreigliedrigen Sozietät deutlich, in welcher die

1) Monjau, Rechte und Pflichten des Wahlvorstandes, DB 1963, S. 656.

Bereiche

der Individuen (Inhaber sozialer Ämter in
Gestalt der Betriebsrats-
ämter),
gesellschaftlicher Gruppen mit sozialer
Rechtsmacht und
schließlich des Staates mit seiner helfenden
Gerichtsbarkeit

zusammentreffen.

Unter den verschiedenen Kräften sind im Rahmen der Betriebsratswahl die Einzelpersonen der Arbeitnehmer letztlich ausschlaggebend. Gegen ihren Willen können zwar von den Inhabern gesellschaftlicher und staatlicher Macht Wahlvorstände eingesetzt werden. Zur Wahlhandlung können die Arbeitnehmer aber nicht gezwungen werden. Gegen oder auch ohne ihren Willen gibt es also in dem Betriebe, in dem sie beschäftigt sind, keine Betriebsratswahl. Auch vom Gericht kann im Wege der Ersatzvornahme, wie sie etwa in § 30 BGB, § 104 AktG (mit den sich aus Abs. 3 daselbst in Mitbestimmungsfällen ergebenden Besonderheiten) für Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder vorgesehen ist, kein Betriebsrat bestellt werden.

Geben somit innerhalb der Dreigliederung bei einer rechtlich einwandfreien Betriebsratswahl die Einzelpersonen den Ausschlag, so ändert sich dies in Fällen bei unheilbaren oder nicht berechtigten, für das Wahlergebnis

negativ ursächlichen Verstößen¹⁾ gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren bei einer Betriebsratswahl. Nach § 19 BetrVG entscheiden die Arbeitsgerichte über die Anfechtung von Betriebsratswahlen bei den oben bezeichneten Verstößen. Ganz ausgeschaltet sind die Einzelpersonen und die gesellschaftstragenden Kräfte auch hier nicht. Vielmehr können nicht nur mindestens drei Wahlberechtigte, sondern auch Arbeitgeber, sowie eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft die Betriebsratswahl anfechten.²⁾ So sind auch bei einer solchen Anfechtung die Befugnisse verteilt. Wenn keine der "Individualpersonen", und auch keine im Betrieb mit mindestens einem Mitglied vertretene Gewerkschaft sich zur Anfechtung entschließt, so kann das Gericht nicht angerufen werden - der Staat bleibt "subsidiär".

Doch entscheidet er, wenn er auch nur von einem der zugelassenen Antragsteller oder Gruppen zu Hilfe gerufen wird, durch seine Arbeitsgerichte allein. Hier liegt also die Initiative bei Einzelpersonen der Gewerkschaft, die Entscheidung aber - nach Ausübung einer Initiative - beim Staat.

6. Stellung des Betriebsratsvorsitzenden

Das Zusammenwirken individueller, gesellschaftlicher

1) Wehr, Anfechtung und Nichtigkeit von Betriebsratswahlen, DB 1959, S. 376

2) Richard, Anfechtung und Nichtigkeit der Betriebsratswahl, BetrR 1959, S. 27; Siebert, Das Verfahren zur Geltendmachung von Mängeln einer Betriebsratswahl, BB 1951, S. 254.

und staatlicher Kräfte findet sich auch innerhalb des Betriebsrats bei seiner Geschäftsführung. Dies gilt vor allem für die Bestellung des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters.

a. Wahl des Betriebsratsvorsitzenden

Der Betriebsratsvorsitzende wird nach § 26 BetrVG vom Betriebsrat aus dessen Mitte gewählt. Die Wahl eines Vorsitzenden und seines Stellvertreters ist für jeden aus mindestens drei Mitgliedern bestehenden Betriebsrat eine Pflichtaufgabe.¹⁾ Die Wahl erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit.²⁾ Dabei ist unerheblich, ob der Betriebsrat in Gruppen- oder Gemeinschaftswahl gewählt wurde.³⁾ Der Gesetzgeber hat sich hier mit einer Sollvorschrift begnügt, da eine Berücksichtigung einer Gruppe dann ungeeignet wäre, wenn z.B. wegen der geringen Mitgliederzahl ein geeigneter Vertreter nicht vorhanden ist.⁴⁾ Wenn auch die Außen

1) Kammann-Hess-Schlochauer § 26 Rz 2 m.w.N.

2) F.W. Kraft, Die konstituierende Sitzung des Betriebsrates, Arb.u.R. 1968, S. 66 f./70

3) F.W. Kraft, a.a.O., S. 71

4) Vgl. BAG AP Nr. 4, 5, 8 zu § 27 BetrVG 52.

achtlassung des § 26 Abs. 1 S. 2 BetrVG zwar nicht die Nichtigkeit der Wahl bewirkt¹⁾, so darf der Betriebsrat trotzdem nur von dieser Sollvorschrift abweichen, wenn es mit Rücksicht auf die betrieblichen Verhältnisse aus objektiven Gründen sachlich gerechtfertigt ist²⁾. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, daß der Vorsitzende und der Stellvertreter gesondert gewählt werden müssen.³⁾ Liegt eine ordnungsgemäße Wahl zum Betriebsratsvorsitzenden oder dessen Stellvertreter nicht vor, so kann diese anfechtbar oder nichtig sein. Nichtig ist die Wahl jedoch nur dann, wenn so wesentliche Mängel vorliegen, daß von einer ordnungsgemäßen Wahl nicht mehr gesprochen werden kann⁴⁾, z.B. weil zu der Sitzung nicht ordnungsgemäß geladen worden ist.⁵⁾

Die meisten Mängel bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und dessen Stellvertreters sind jedoch nicht so gravierend, die Wahl daher meist nur anfechtbar. Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war § 19 BetrVG analog auch für die Anfechtung der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden anwendbar, mit der Begründung, daß es sich bei dieser Wahl um den

1) vgl. BAG AP Nr. 1, 2, 3 zu § 27 BetrVG 52

2) Brecht, a.a.O., § 26 Anm. 6; Halberstedt-Zander, Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, Anm. 423

3) Kammann-Hess-Schlochauer, a.a.O., § 26 Rz 6 m.w.N.

4) Dietz-Richardi, a.a.O., § 26 Rz 32

5) Kammann-Hess-Schlochauer, a.a.O., § 26 Rz 16.

Schlußakt der Wahl des Betriebsrates selbst handelt¹⁾.

Später schränkte das Gericht die analoge Anwendung des § 19 BetrVG auf interne Geschäftsführungsbeschlüsse jedoch ein²⁾ und führte aus³⁾, daß es sich bei der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden und seines Stellvertreters nicht um den Schlußakt der Wahl handle, sondern daß der Betriebsrat bereits in das Stadium seiner Konstituierung eingetreten sei. Es handelt sich insoweit um Geschäftsführungsbeschlüsse innerhalb des Betriebsrates nach Abschluß der Wahl zum Betriebsrat.⁴⁾

Da die Wahl des Betriebsratsvorsitzenden somit ein Geschäftsführungsbeschuß ist, kann die Arbeitnehmer-schaft auch keinen unmittelbaren Einfluß mehr haben.⁵⁾

Trotzdem gilt weiterhin die Frist von zwei Wochen gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG, da aus Gründen der Rechtssicherheit die Unwirksamkeit der Wahl nicht zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden kann. Diese Zweiwochenfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, sobald der Anfechtungsberechtigte den Verfahrensverstoß erfährt,

1) BAGE, 2, S. 182, 185, Beschluß v. 7.12.1955, Beschluß v. 20.4.1956, AP Nr. 3 zu § 27 BetrVG 1952, DB 1973, S. 1254 ff.

2) AP Nr. 1 zu § 26 BetrVG, Beschluß v. 19.3.1974.

3) EzA § 26 BetrVG, Nr. 2 = DB 1977, S. 168 = BB 1977 S. 245.

4) Küchenhoff, Betriebsverfassungsgesetzkommentar, 3. Aufl. 1978, § 19, S. 101.

5) Küchenhoff, a.a.O., S. 102.

bei einem Mitglied des Betriebsrates jedoch schon vom Wahltag an.¹⁾ Anfechtungsberechtigt sind nach § 19 Abs. 2 BetrVG auch die Gewerkschaften, weil sie in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar berührt werden, da es für sie nicht gleichgültig sein kann, wer den Betriebsrat gem. § 26 Abs. 3 BetrVG nach außen und dem gegenüber auch in der gesetzlich gebotenen Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften vertritt.²⁾

b. Abwahl des Betriebsratsvorsitzenden

Das Selbstorganisationsrecht des Betriebsrats tritt noch mehr als in der Wahl des Betriebsratsvorsitzenden in dessen Abwahl zutage. Hier steht es nach einer verbreiteten Rechtsansicht³⁾ der Mehrheit des Betriebsrats frei, den Vorsitzenden jederzeit abzuwählen. Einem derartigen Bestreben kann von dem Vorsitzenden auch nicht etwa dadurch eine Schranke entgegengesetzt werden, daß er eine derartige Abwahl nicht auf die Tagesordnung setzt. Denn nach § 29 Abs. 3 BetrVG hat der Vorsitzende eine Sitzung einzuberufen und den Gegenstand, dessen Beratung beantragt ist, auf die Tagesordnung zu setzen, wenn dies ein Viertel der Mitglieder des Betriebsrats oder der Arbeitgeber beantragt. Damit sind das persönliche Recht

1) BAG AP Nr. 10 zu § 3 BetrVG 52

2) Küchenhoff, a.a.O., S. 102, 103 m.w.N., BAG Nr. 2 zu § 26 BetrVG = DB 1977, S. 168 = BB 1977, S. 245

3) Dietz-Richardi, a.a.O., § 26 Rz 23; Fitting-Auf-farth-Kaiser, a.a.O., § 26 Rz 11; Galperin-Löwisch, a.a.O., § 26 Rz 14.

des Betriebsratsvorsitzenden an seinem Amt und seine individuelle Rechtsstellung aus seinem Amt gesellschaftlich begrenzt. Gesichert ist nur seine ihm auch bei Abwahl als Vorsitzender verbleibende Stellung als Betriebsratsmitglied. Gleichwohl ist der Vorsitzende auch als solcher nicht ohne staatlichen Schutz. Vielmehr kann er als Betriebsratsvorsitzender das Arbeitsgericht anrufen.

Hierüber ist vom Bundesarbeitsgericht¹⁾ erste Klarheit geschaffen worden. Dort wird deutlich klargestellt, daß trotz des Grundsatzes der freien Entscheidung des Betriebsrats bei der Abwahl eine solche gerichtlich nachprüfbar ist.²⁾

Hieraus geht also hervor, daß die Stellung des Betriebsratsvorsitzenden nicht der Willkür des Betriebsrats ausgesetzt ist. Die gesellschaftliche Macht steht vielmehr wie die staatliche Macht unter staatsgerichtlicher Kontrolle. Die Grenzen dieser Kontrolle dürfen allerdings nicht so eng gezogen werden wie es das Bundesarbeitsgericht tut. Es genügt auch hier wie sonst bei einer Amtsentziehung nicht, daß der Amtsinhaber der Mehrheit plötzlich nicht mehr gefällt, daß also nicht rein negativ, keine Willkür oder kein Sit-

1) BAGE, Beschluß v. 1.6.1966, Bd. 18 S. 320 ff.

2) BAG, a.a.O., S. 322.

tenverstoß begangen worden ist.¹⁾

Vielmehr muß materiellrechtlich ein positiver Grund für die vorzeitige Abberufung des auf 3 Jahre gewählten Betriebsratsvorsitzenden vorliegen.

Da ein Betriebsratsvorsitzender vom Betriebsrat zur Leistung von Diensten berufen ist, liegt es nahe, die Abberufung nach Analogie des allgemeinen Dienstrechts zu behandeln und eine Abberufung in den Grenzen, aber auch positiv nur auf Grund der in § 626 BGB gegebenen Möglichkeit zuzulassen. Der Betriebsrat, welcher seinen gewählten Vorsitzenden vor Ablauf der Amtszeit abwählt, muß also, wenn der Vorsitzende sich hiergegen im Beschlußverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG wehrt, vor Gericht den Nachweis erbringen, daß ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliegt und die einen solchen Grund ergebenden Tatsachen behaupten und beweisen.

7. Freistellung von Betriebsratsmitgliedern

Im Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit ist ein weiteres Zusammentreffen der drei Ebenen von Individualbereich, Gesellschaft und Staat zu erwähnen. Dieses Zusammentreffen ist bei den sog. Freistellungen von

¹⁾ BAG, s.s.O., S. 322.

Betriebsratsmitgliedern von ihrer beruflichen Tätigkeit nach § 38 BetrVG besonders eingehend ausgestaltet.

Nach § 38 Abs. 1 BetrVG sind von ihrer beruflichen Tätigkeit - womit die Aufgaben des je einzelnen Arbeitnehmers auf Grund seines Arbeitsverhältnisses gemeint sind - Betriebsratsmitglieder in einer nach der Anzahl der Arbeitnehmer gestaffelten Menge freizustellen.¹⁾ Diese Arbeitnehmer sind dann hauptamtliche Betriebsratsmitglieder. Sie werden im folgenden entsprechend der Gesetzesterminologie (vgl. § 38 Abs. 4 BetrVG) freigestellte Betriebsratsmitglieder bezeichnet. Für ihr Amt ist zunächst im Individualbereich ein Arbeitsverhältnis zwischen dem zum freigestellten Betriebsratsmitglied zu wählenden Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber erforderlich, ein Arbeitsverhältnis, das eine bestimmte "berufliche Tätigkeit" (§ 38 Abs. 2 BetrVG) zum Gegenstand haben muß, da von ihr "freizustellen" ist. Im Individualbereich befindet sich hierbei auch der Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer von den vertraglich vereinbarten Arbeiten entbinden soll.²⁾

Dieser Individualbereich des Arbeitgebers wird im Gesetz insofern beachtet, als der Arbeitgeber nach § 38 Abs. 2 BetrVG zur Beratung berufen ist. Aller-

1) Festgelegte Mindestzahl, im Gegensatz zu § 38 Abs. 3 BetrVG 1952.

2) Ottow, Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern, DB 1975, S. 646.

dings hat der Arbeitgeber nur eine beratende Funktion, wenn es darum geht, seinen Arbeiter oder Angestellten von der vereinbarten Tätigkeit bei ihm zu entbinden.

In diese Tätigkeit greift der Betriebsrat ein, wenn er über die Freistellung eines Arbeitnehmers von dessen beruflicher Tätigkeit nach § 38 Abs. 2 BetrVG beschließt. Ein solcher Beschluß kommt zwar nur "nach Beratung mit dem Arbeitgeber" zustande.¹⁾ Wenn aber der Betriebsrat trotz entgegenstehenden Rates des Arbeitgebers die Freistellung beschließt, so hat der Beschluß des Betriebsrates zunächst den Vorrang. Die Kräfte des gesellschaftlichen Bereichs, des Sozialbereichs, dringen so in den Individualbereich ein und gestalten ihn abweichend von den Individualvereinbarungen neu.

Allerdings hat der Betriebsrat nicht das letzte Wort, die sozialen Kräfte sind nicht allein entscheidend. Vielmehr kann der Arbeitgeber, wenn er den Beschluß des Betriebsrats "für sachlich nicht begründet"²⁾ hält, innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach seiner Bekanntgabe die Einigungsstelle anrufen, deren Spruch dann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt (§ 38 Abs. 2 Sätze 5 und 6 BetrVG). Damit mündet die Einwirkung auf den Individualbereich des Arbeitsverhältnisses von dem zunächst durch den Betriebsrat bestimmten Sozialbereich ein in einen von

1) Dietz-Richardi, a.a.O., § 38 Anm. 22.

2) LAG Hamm, DB 1973, S. 142 = BB 1973, S. 87;
LAG Düsseldorf, DB 1973, S. 627.

Betriebsrat und Arbeitgeber geformten Sozialbereich, wie ihn die Einigungsstelle als Ausdruck gemeinsamer Sozialbereichsverwaltung darstellt (§ 76 Abs. 2 BetrVG).

Die Kontrolle über den Spruch der Einigungsstelle hat hier wie sonst der Staat mit seiner Arbeitsgerichtsbarkeit.¹⁾ Mit der Subsidiarität schließt sich somit der Ring zwischen den drei Bereichsträgern.

II. Die Haftung der Betriebsratsmitglieder

1. Haftungsfragen

Je nach Gegenstand, Art und Umfang des Betriebsrates wird die Verantwortung in dem jeweiligen Rechtsverhältnis (zur Belegschaft und ihren Mitgliedern, weiter zum Arbeitgeber) verschieden sein. Allen Beratungsmöglichkeiten und darüber hinaus bis hin zu den gleichwertigen Zustimmungszuständigkeiten der Betriebsräte gemeinsam ist die Frage nach der Grundlage ihrer Haftung bei etwaigen Fehlberatungen oder fehlerhaften Mitentscheidungen. So könnte auch aus der Haftung der Betriebsräte für ihre Rechtsstellung und damit wiederum auch für ihre Zuordnung in die

¹⁾ Frauenkron, a.a.O., § 38 Anm. 14.

Dreigliederung der rechtlichen Lebensordnung in persönlich-individuelle, gesellschaftliche und staatliche Bereiche Bedeutsames zu entnehmen sein.

a. Praktisches Vorkommen und
faktische Möglichkeiten

Ansprüche gegen Betriebsratsmitglieder auf Leistung von Schadenersatz (als Hauptfall vermögensrechtlicher Haftung) kommen nur selten vor, wie daher auch einschlägige Rechtsprechung fehlt. Denkbar ist es aber, daß Fragen der Betriebsrätehaftung praktisch werden, so wenn die Betriebsräte bei ihrer Anhörung vor einer Kündigung seitens des Arbeitgebers nach § 102 BetrVG oder bei Einholung ihrer Zustimmung zur Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nach § 103 BetrVG unrichtige Mitteilungen über Tatbestände machen, die nur ihnen bekannt sind, oder wenn die Betriebsräte bei Abschluß von Betriebsvereinbarungen oder Wahrnehmung ihrer allgemeinen Aufgaben (vgl. z.B. § 80 Abs. 1 Nr. 1-5, 6, 7 BetrVG) nachlässig gewesen sind oder wenn sie ihre Geheimhaltungspflicht nach § 79 BetrVG verletzt und dadurch einem anderen Schaden zugefügt haben.

Wer in die Rechtssphäre eines anderen eingreifen oder auf sie einwirken kann, trägt Verantwortung. Diese Verantwortung bedeutet im Rechtsleben Haften und führt

zum Schadenersatz, wobei im allgemeinen das Verschulden erforderlich ist, falls nicht eine reine Verursachungshaftung angeordnet ist.¹⁾

Fraglich ist jedoch, nach welcher Rechtsgrundlage die Betriebsräte bei Verletzung ihrer "Amtspflichten"²⁾ haften können.

b. Rechtsgrundlagen für die Haftung von Betriebsratsmitgliedern

In Betracht kommen mehrere Möglichkeiten, die auch im Schrifttum³⁾ vertreten werden.

1. Nahe könnte es liegen, auf die Betriebsratsmitglieder als Inhaber eines Amtes § 839 BGB analog anzuwenden.

Dann wäre es zwar ausgeschlossen, noch weiter zu gehen und etwa auch Art. 34 GG analog heranzuziehen und hieraus eine Haftung der Belegschaft oder des Betriebes für die Räte als Amtswalter herzuleiten. Im Falle der Haftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB ist es nämlich unerheblich, ob der Schädiger, in diesem Falle das

1) Dieses Verhältnis von einer Verursachungs- und Verschuldenshaftung ist vom Bundesarbeitsgericht im Ameisensäurefall klargestellt worden, BAGE Beschl. v. 10.11.1961, Bd. 12, S. 15, AP Nr. 2, § 611 BGB

2) Über die Zulässigkeit, von einem Amt der Betriebsräte zu sprechen, s.o. S.

3) Belege sogleich bei den einzelnen Meinungen.

Betriebsratsmitglied, Beamter ist. Gemäß Art. 34 GG trifft die Haftung denjenigen, der in Ausübung hoheitlicher Gewalt schädigende Handlungen vornimmt. Die Staatshaftung wird somit auf alle Personen erweitert, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, die ihnen vom Staat oder einer sonst dazu befugten Körperschaft anvertraut worden sind.¹⁾ Auf die Qualifikation des Schädigers kommt es dabei nicht an. Erforderlich hierfür ist jedoch, daß der Betriebsrat ein öffentliches Amt ausübt.²⁾

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁾ sind Personen, denen der Staat oder eine dazu befugte Körperschaft hoheitliche Gewalt verleiht, Beamte. Hierbei ist der Beamtenbegriff im haftungsrechtlichen Sinne zu verstehen, weil es bei der Haftung um das Außenverhältnis des Beamten gegenüber außenstehenden Dritten geht, anders als der Beamtenbegriff im Innenverhältnis, im staatsrechtlichen Sinne, zu fassen.

Während dort zur Begründung des Beamtenverhältnisses Anstellung mit Urkunde "unter Berufung in das Beamtenverhältnis erforderlich ist, ist für die Haftung im Außenverhältnis die Tatsache befugter Wahrnehmung öffentlicher (hoheitlicher) Aufgaben erforderlich und genügend.

1) Kreft in RGRK, § 839 Anm. 31

2) Sorge, AuR 53, S. 274.

3) RG, Urteil v. 8.5.1936 in RGZ 151, S. 385 ff., Urteil v. 27.9.1940 in RGZ 165, S. 99.

Das Reichsgericht hatte die Auffassung vertreten: Der Betriebsrat übe eine hoheitliche Gewalt aus, weil er der Arbeitnehmerschaft auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, nämlich auf Grund des Betriebsverfassungsgesetzes, Schutz gewähre; daher sei er als Beamter anzusehen.

In Wahrheit haben jedoch die Betriebsratsmitglieder in dem hier maßgeblichen Rechtsverhältnis weder zum Arbeitgeber noch zu den Arbeitnehmern hoheitliche Aufgaben oder Befugnisse.

Bei der Mitbestimmung steht der Betriebsrat gleichberechtigt neben dem Arbeitgeber, im Bereich der Mitwirkung ist er unabhängiger Ratgeber des Arbeitgebers.

Auch zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer bestehen keine Über- und Unterordnung.¹⁾ Der Betriebsrat ist lediglich Repräsentant der Belegschaft.²⁾

Da dem Betriebsrat keine hoheitlichen Befugnisse³⁾ gegenüber der Belegschaft eingeräumt sind, sondern er

1) Naumann-Duesberg, NJW 54, S. 619, Sorge, Die Haftung des Betriebsrats für unerlaubte Handlungen, AuR 1953, S. 272 ff., Soergel-Siebert I. Einleitung 53, Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 384.

2) Dietz-Richardi, a.a.O., § 1 Rz 20, siehe oben S.

3) Gross, ArbuR 53, S. 71 ff., Sorge, a.a.O., S. 273.

vielmehr deren Interessen wahrnimmt und Grundlage für seine Tätigkeit die Wahl durch die Belegschaft ist,¹⁾ scheidet eine Haftung nach § 839 BGB aus.

Es könnte aber bei einer persönlichen Haftung der Betriebsratsmitglieder analog § 839 bleiben. Indessen zeigte es sich schon bei den einleitenden Ausführungen über das Amt der Betriebsratsmitglieder, daß zwar auch bei ihnen die allgemeinen Begriffsmerkmale eines "Amtes" erfüllt sind, daß es sich aber um ein Amt besonderer Art handelt. Es würde daher den festgestellten Verschiedenheiten der drei Rechts- und Ordnungsbereiche von Individuum, Gesellschaft und Staat und hierbei ganz besonders der Selbständigkeit gesellschaftlicher Ordnungen im Verhältnis zu staatlichen Ordnungen widersprechen, wenn spezielle Haftungsgrundlagen aus dem öffentlich-rechtlichen (staatlichen oder gemeindlichen) Organisationsbereich in den Überindividuellen, bereits gesellschaftlichen Ordnungsbereich der Betriebsorganisation übertragen würden - und sei es auch nur im Wege der Analogie. Mit dem formalen und systematischen Hinderungsgrund verbindet sich ein materialer. Er liegt im Unterschied der Typen. Im Betriebsbereich herrscht aus der privatrechtlichen Herkunft trotz Bildung einer Überindividuellen Ordnung die Dynamik mit aller in diesem Begriff liegenden Freiheit der Daseins- und Ordnungsgestaltung, während der staatlichen und gemeindlichen Organisation die Statik angesichts der strengen Bindung der ausführenden Verwaltung an gesetzlichen Vorschriften und

¹⁾ Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., vor § 1 Rz 26, 39.

der geringfügigen Zulassung freien Ermessens zu eigen ist. Das Betriebsratsmitglied ist ein anderer Typus als der Beamte. Die Beamten-eigenschaft als Typus ist aber für eine Haftung nach § 839 BGB analog notwendig. Die Betriebsratsmitglieder unterliegen daher keiner Haftung in Analogie zu § 839 BGB.

2. Haftung der Betriebsratsmitglieder nach § 823 BGB.

Nach Ablehnung der im staatlichen Bereich angesiedelten Beamtenhaftung könnte an eine individuell-privatrechtliche Haftung der Betriebsratsmitglieder für etwaige Pflichtverletzungen gedacht werden. In Betracht könnten hierfür insbesondere Schadenersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB kommen. Mit "Wer" in "Wer ... verletzt" ist jeder betroffen, der einen ursächlichen Zusammenhang zwischen seinem Verhalten und der Beeinträchtigung eines der in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechtsgüter setzt, also auch gegebenenfalls ein Betriebsratsmitglied. Zu den in § 823 Abs. 1 BGB genannten "sonstigen Rechten" gehören auf Arbeitgeberseite das Recht auf einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹⁾ und auf Arbeitnehmerseite das Recht auf den Arbeitsplatz²⁾. Ein "sonstiges Recht" des Arbeitgebers im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB kann auch durch Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nach § 79 BetrVG, das Recht auf

1) Larenz, Schuldrecht, Bes. Teil, S. 371.

2) Neumann-Duesberg, a.a.O., S. 343, der von einem "absolut wirkenden arbeitsrechtlichen Bestandschutzrecht" spricht.

den Arbeitsplatz durch pflichtwidrige Stellungnahme zu einer Kündigung nach § 102 oder eine pflichtwidrige Zustimmung zu einer Kündigung nach § 103 BetrVG verletzt werden.¹⁾ Erforderlich ist weiter, daß im konkreten Fall die Rechtswidrigkeit nicht durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen ist, das Verschulden dagegen positiv festgestellt werden kann. Zu denken ist weiter an §§ 824 und 826 BGB als Rechtsgrundlagen für Schadenersatzansprüche gegen Betriebsratsmitglieder im individuellen Lebens- und Rechtsbereich.

In allen derartigen Fällen lassen sich die Fragen nach der Verteilung der Verantwortlichkeiten von Entscheidendem und Ratgeber oder der Mitentscheidenden, also auch die Schadenersatzpflichten der Betriebsratsmitglieder, unter Beachtung von § 830 BGB lösen, so daß weithin eine gesamtschuldnerische Haftung eintreten kann, auch dann, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten (Arbeitgeber oder angehörte oder mitentscheidende Betriebsräte) den Schaden am Betrieb oder Arbeitsplatz verursacht hat (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB).²⁾

Ogleich hiernach weithin - wie auch in den oben eingangs angedeuteten Fällen - dem praktischen Bedürfnis genügt werden dürfte, sind doch Fälle denkbar, in denen

1) Auch für §§ 61, 62, 63 BetrVG, Gester, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Belegschaft und Betriebsrat, Diss., Köln 1958, S. 161.

2) Neumann-Duesberg, a.a.O., S. 337 m.w.N.

nicht die erwähnten speziellen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB verletzt,¹⁾ sondern allgemein das Vermögen geschädigt ist, ohne daß für einen Anspruch die insoweit erforderlichen Voraussetzungen des § 826 (oder auch des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz) erfüllt sind. Die hieraus zu befürchtenden Unklarheiten beruhen auf der Unzulänglichkeit der rein privatrechtlichen Erfassung von Fragen der Haftung der Betriebsratsmitglieder für ihre etwaige Pflichtverletzung. Diese Haftung ist nicht nur eine Haftung von jedermann, von "wer" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, sondern eine Haftung von speziellen Amtsträgern, wenn auch Trägern eines Amtes besonderer, weil nicht öffentlichrechtlicher, sondern gesellschaftlicher Art.

III. Die Rechtsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder

Infolgedessen ist beim Versuch, die Frage nach der Haftung der Betriebsratsmitglieder für etwaige Amtspflichtverletzungen zu beantworten, nicht von denen ihrer Aufgaben und Funktionen im Endpunkt zusammenfassenden Begriff des Amtes aus zu beantworten, sondern auf die Rechtsverhältnisse zurückzugreifen, die dem Amt zugrunde liegen. Diese Rechtsverhältnisse zwischen den Betriebsratsmitgliedern einerseits und den Betriebsangehörigen (Belegschaft), sowie - gesondert -

1) Neumann-Duesberg, a.a.O., S. 337 m.w.N.

2) Herschel, Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut, in RdA 1960, S. 121 ff.

den Betriebsinhaber andererseits sind trotz der verschiedenen Inhalte der Rechtsbeziehungen als Anwendungsfälle des im Rechtssystem einheitlich dastehenden Grundbegriffs des Rechtsverhältnisses anerkannt und innerhalb dieses Begriffs dem Sozialitätsrechtsverhältnis und weiterhin - weil vom Gesetz geschaffen - dem gesetzlichen Schuldverhältnis zugeordnet.

Dieses Schuldverhältnis verpflichtet die Betriebsmitglieder zur Erfüllung ihrer Aufgaben gegenüber dem in der gesetzlichen Regelung jeweils erkennbaren Destinatar und im Falle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichterfüllung oder Verletzung der gesetzlichen Pflichten zum Schadenersatz. Denn die erste und ursprüngliche Pflicht aus einem Schuldverhältnis und daher auch aus einem gesetzlichen ist die Pflicht zur Erfüllung, also zum Erbringen der geschuldeten Leistung selbst. Im Falle der Nichterfüllung greift auch im gesetzlichen Schuldverhältnis der allgemeine Rechtsgrundsatz¹⁾ Platz, daß ein Rechtsbruch oder auch nur ein Rechtsentzug mindestens durch Beseitigung der Folgen einen Ausgleich finden muß. Die Notwendigkeit des Ausgleichs einer Anspruchs- oder sonstigen Rechtsverletzung, ja sogar einer rechtmäßigen Beeinträchtigung von Rechtsgütern, ist ein das gesamte Rechtsleben be-

1) Vgl. hierzu und zum Folgenden:
Wilhelm Sauer, System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2. Auflage, Basel 1949, bes. S. 195; Fikentscher, Schuldrecht, 2. Auflage, Berlin 1969, bes. S. 43 ff.

herrschendes Prinzip vom *do ut des* im Gegenseitsverhältnis der Verträge einschließlich Leistungsstörungen (§§ 320-327 BGB) bis zum Ausgleich von Schäden und Opfern bei schuldhaften, "nur rechtswidrigen", ja sogar rechtmäßigen Eingriffen in Rechtsgütern, bei diesen auf Grund eines Aufopferungsanspruchs. In alle dem liegt ein Prinzip, das Ausgleichsprinzip, das die gestörte oder einseitig veränderte Rechtsordnung im konkreten Falle wieder hergestellt werden muß. Das Prinzip gilt daher auch für die Rechtsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder. Demgemäß sind die Betriebsratsmitglieder bei Nichterfüllung oder "positiver" Verletzung ihrer gesetzlichen Pflichten dem entsprechend Berechtigten (Arbeitgeber oder Belegschaftsangehörigen) zum Schadenersatz verpflichtet. Hierbei gilt wie in § 276 BGB das Verschuldensprinzip, das Überall dort anzuwenden ist, wo nicht durch Gesetz ausdrücklich eine Gefährdungshaftung oder sonst eine Verpflichtung zum Ausgleich auch ohne Verschulden, ja sogar ohne Rechtswidrigkeit angeordnet ist.¹⁾

1. Beispiele für die Haftung von Betriebsratsmitgliedern

1) Das Innumerationsprinzip bei der Gefährdungshaftung (abschließende Norminierung der "Fälle, in denen anstelle der Haftung aus rechtswidrigem und schuldhaftem Handeln die Gefährdungshaftung tritt") wird in dem Beschluß des großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 10.11.1961 (BAGE 12, S. 15 ff., bes. S. 21) besonders hervorgehoben und begründet.

Das Wesen des gesetzlichen Schuldverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses läßt sich bei den Betriebsratsmitgliedern durch Beispiele erläutern, in denen Pflichtverletzungen von Betriebsratsmitgliedern und die Folgen aus der schuldhaften Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben oder auf einer Zuwiderhandlung gegen ihre gesetzlichen Pflichten enthalten sind.

a. So können Betriebsratsmitglieder ihre Pflichten gegenüber ihren Arbeitskollegen dadurch verletzen, daß sie im Rahmen ihrer - durch § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor der Kündigung eines Arbeitnehmers vorgeschriebenen - Anhörung den Arbeitgeber nicht auf besondere persönliche oder familiäre Besonderheiten des Arbeitnehmers aufmerksam machen, die den Arbeitgeber bewogen hätten, von der Kündigung dieses Arbeitnehmers abzusehen. In derselben Linie liegen Fälle, in denen der kündigende Arbeitgeber einen tüchtigen und soliden Arbeitnehmer bei Namensgleichheit mit einem anderen, die Betriebsarbeit durch Faulheit oder Trunkenheit störenden Arbeitnehmer verwechselt und die Betriebsratsmitglieder aus besserer Kenntnis ihrer Arbeitskollegen den falsch Verdächtigten vor der Kündigung hätten bewahren können.

b. Sogar vorsätzliche Pflichtverletzungen von Betriebsratsmitgliedern gegenüber Mitarbeitern sind denkbar. Um ein Beispiel zu bilden:

Der Vorsitzende eines Betriebsrats hat sich durch autoritäres Verhalten bei den übrigen Mitgliedern des

Kollegiums unbeliebt gemacht. Um vor Ablauf der Amtszeit seine Abwahl zu begründen, "erfinden" einige Betriebsratsmitglieder Vorgänge, die ein so übles Licht auf den Charakter des Vorsitzenden werfen, daß nicht nur dessen Abwahl gelingt, sondern ihm vom Arbeitgeber gekündigt wird (mit Recht, wenn ein Wort der Verleumdungen wahr wäre).

c. Aus dem Rechtsverhältnis der gesetzlichen Schuldverhältnisse der Betriebsratsmitglieder zum Arbeitgeber können bei Verletzungen der betrieblichen Friedenspflicht nach § 74 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG, außerdem bei Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht nach § 79 BetrVG (hier in Konkurrenz mit § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 120 BetrVG) Schadenersatzpflichten der schuldigen Betriebsratsmitglieder entstehen. Derartige Pflichten können sowohl gegenüber dem Arbeitgeber, wie gegenüber den Angehörigen der Belegschaft den Betriebsratsangehörigen erwachsen wegen nachlässiger Wahrnehmung ihrer Mitwirkungs- und Mitbestimmungsaufgaben - von Fehlern bei der Vereinbarung einer Betriebs- und Arbeitsordnung nach § 87 BetrVG bis hin zum Interessenausgleich und Sozialplan bei Betriebsänderungen nach § 112 BetrVG.

2. Folgerungen aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis bei der Betriebsrätehaftung

a. Aus der Einsicht, daß die Rechtsgrundlage für die Haftung eines Betriebsratsmitgliedes gegenüber einem Belegschaftsmitglied oder dem Arbeitgeber ein Rechtsverhältnis ist, ergibt sich desweiteren eine Folgerung für die praktisch wichtige Beweislast. In Bezug auf Rechtsverhältnisse, in denen Leistungen geschuldet werden, ist in den §§ 282 und 285 BGB der

Grundsatz festgelegt, daß bei Leistungsstörungen der Verpflichtete den ihn entlastenden Nachweis zu erbringen hat, daß ihn an der Störung kein Verschulden trifft. Diese Regel beruht auf der Einsicht, daß derjenige, welcher der Fehlerquelle am nächsten ist, die Beweise zur Schuldfrage (er selbst also für seine Schuldlosigkeit) erbringen muß. Hierin liegt zugleich eine Anwendung des allgemeinen Gefahrtragungsgedankens, wonach derjenige, welcher die "Gefahr" am besten, weil am nächstliegenden, "beherrscht" sich hierum bemühen muß, aber die nachteiligen Folgen der Gefahr, daher auch die Beweislast für die Gründe zu tragen hat, wenn ihm die Vermeidung oder Abwendung der tatsächlich eingetretenen Gefahr nicht gelungen ist.

Diese Erwägungen haben dazu geführt, daß die Beweislastregeln des § 282 BGB nicht nur auf positive Vertragsverletzungen angewandt worden ist¹⁾, sondern auch als allgemeiner Rechtsgedanke im Verwaltungsrechtsverhältnis²⁾ herangezogen wird. Ihm steht das Sozialrechtsverhältnis³⁾ in Gestalt eines Betriebsverwaltungsrechtsverhältnisses auf der gesellschaftlichen Ebene gleich.

1) Z.B. BAG in NJW 1958 S. 647.

2) Vgl. Heranziehung im öffentlichrechtlichen Verwaltungsverhältnis in BGHZ Band 3, 162 ff., 174 und BGHZ Band 4, 192 ff., 195.

3) Schnapp, Anmerkungen zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1977/2 BrR 42/76 - in SGB 1978, S. 340 (343) ff.

Demgemäß ist auch für das Rechtsverhältnis, das Sozialrechtsverhältnis der Betriebsratsmitglieder zu dem jeweiligen Beteiligten (Arbeitgeber oder Arbeitskollegen) anzunehmen, daß ihnen bei objektiv vorliegender Pflichtverletzung der Entlastungsbeweis in subjektiver Hinsicht, also bezüglich des Verschuldens, obliegt.¹⁾

b. Schwierigkeiten kann endlich die Konkurrenzfrage, also die Frage bereiten, die sich im Rahmen der gesetzlichen Schuldverhältnisse die Arbeitgeber- und Betriebsräteverantwortung beim Zusammentreffen im konkreten Fall - etwa bei Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern oder sogar solchen, die auch Betriebsratsmitglieder sind - zueinander verhalten.²⁾

Die Vertrags- oder sonstige Schuldverhältnishaftung kennt im Rahmen der Grundsätze der §§ 275 ff., einschließlich § 282 BGB, keine Prioritäten. Eine solche ist auch im allgemeinen Rahmen der unerlaubten Handlungen (vgl. vielmehr die Anordnung von Gesamtschuldverhältnissen in §§ 830, 840 BGB) nicht vorgesehen, sondern nur bei der speziellen Regelung der Beamtenhaftung nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. Daß § 839 BGB nicht aus dem Bereich der öffentlichrechtlich angestellten Beamten

1) Neumann-Duesberg, a.a.O., S. 243.

2) Neumann-Duesberg, a.a.O., S. 338 ff. (3a, b) mit weiteren Beispielen.

in dem gesellschaftlichen Bereich der Betriebsräte übertragen werden kann, ist bereits dargelegt worden: Hierbei ist aber auch schon darauf hingewiesen worden, daß durch die bereits begründete Ablehnung der Übertragung von § 839 BGB auf die Haftung der Betriebsratsmitglieder nicht die allgemeine Geltung des Subsidiaritätsprinzips ausgeschaltet wird. Bei Anwendung des Subsidiaritätsprinzips könnte es im Verhältnis zwischen Arbeitgeber- (Unternehmer-)haftung und Betriebsrätehaftung nahe liegen, den Träger des engeren Lebenskreises, also den Arbeitgeber, vor dem Träger des weiteren, wenn auch noch nicht staatlichen, sondern erst gesellschaftlichen Lebenskreises, also vor dem Betriebsrat und dessen Mitgliedern, bei gemeinsamen Akten für haftbar zu halten, wenn beiden Beteiligten, z.B. bei Kündigungen nach § 102 oder 103 BetrVG (in verschiedener Abstufung: dort Anhörung, hier Zustimmung) Fehler unterlaufen. Indessen ist jeder Handelnde, Befragte, Mitwirkende nach Maßgabe seiner Kenntnisse und Einflußmöglichkeiten persönlich verantwortlich. Die Verantwortung des einen oder anderen wird daher durch die Verantwortung des je anderen nicht verändert. Das Subsidiaritätsprinzip führt also ebensowenig wie der in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Rechtsgedanke zur Entlastung der Betriebsratsmitglieder bei persönlicher Haftung. Vielmehr haften die Betriebsratsmitglieder je nach ihrer persönlichen Verursachung und Schuld¹⁾ neben

1) Sorge, Die Haftung des Betriebsrates für unerlaubte Handlungen, ArbuR 53, S. 272; Müller, a.a.O., S. 86.

dem Arbeitgeber nach Maßgabe von dessen Verursachung und Schuld. Beim Zusammentreffen beider Verantwortungen und Haftungen liegt, soweit die Rechtsgrundlagen verschieden sind, soweit ein Schadenersatzanspruch auf Verletzung des Individualarbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und Verletzung der gesetzlichen (Sozial-) Schuldverhältnisse durch ein oder mehrere Betriebsratsmitglieder gestützt wird, ein unechtes Schuldverhältnis vor.

D r i t t e s K a p i t e l

Die Sicherung der Rechtstellung der Betriebsräte

In ihrer durch Arbeitsvertrag mit einem privatrechtlichen Arbeitsplatz verbundenen, durch gesetzliche Aufgabenzuweisung mit betrieblich-sozialen Rechten und Pflichten versehenen Rechtstellung bedürfen der Betriebsrat als Kollegium und seine Mitglieder der Sicherung. Denn die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, der gleichzeitig dem Betriebsrat angehört, könnte sich hemmend auf die Erfüllung der Betriebsratsaufgaben auswirken.

I. Sicherung des Betriebsrates in Ganzen

Diese Sicherung gilt zunächst dem Betriebsrat im Ganzen. In § 21 ist seine regelmäßige Amtszeit auf 3 Jahre bestimmt und es sind Beginn und Ende in Verbindung mit den regelmäßigen und außergewöhnlichen Zeitpunkten der Betriebsratswahlen nach § 13 festgelegt. Hierdurch ist der Betriebsrat nicht nur als "Amt" auf dem Wege über die "Amtszeit" - wie oben S. 48 ausgeführt - gekennzeichnet, sondern auch für seine Tätigkeit und damit für seine Aufgaben in seiner jeweiligen Zusammensetzung wie als Ganzes gesichert, das heißt: es wird sowohl seine selbständige Stellung in der Betriebsorganisation neben dem Unternehmer, als auch die Kontinuität seiner Einflußnahme durch die jeweils für eine Entfaltung und Entwicklung erforderliche, aber ausreichende Zeit von 3 Jahren gewahrt.

II. Sicherung der einzelnen Betriebsratsmitglieder

1. Übersicht über diese Vorschriften

Das Ganze wird in seinen Teilen gesichert. So enthält § 78 für alle Amtswalter, welche die Betriebsverfassung kennt, eine grundsätzliche Schutzvorschrift. An erster Stelle sind die Betriebsräte, weiterhin ist auch die Einigungsstelle genannt. Sie alle "dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden". So heißt es wörtlich in § 78 Satz 1 am Ende. Und das Gesetz fährt im zweiten Satz fort: "Sie dürfen wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung."¹⁾

Diese Anordnung wird in § 119 Abs. 1 Nr. 2 noch strafrechtlich gesichert, indem Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe jedem angedroht wird, der die Tätigkeit des Betriebsrats, weiter u.a. der Einigungsstelle, "behindert oder stört". Außer dem strafrechtlichen Schutz²⁾ sind zivilrechtliche Folgen von Störungen, Behinderungen oder Benachteiligungen von Betriebsräten möglich. Werden Betriebsratsmitglieder benachteiligt (§ 78) und entsteht aus dieser Benachteiligung ein materieller Schaden, kann der Betroffene Schadenersatz verlangen, da § 78 ein Schutzgesetz im

¹⁾ Bertermann, Die Freistellung der Betriebsratsmitglieder zur Durchführung ihrer Betriebsaufgaben, B1StSozArBR 1955 S. 140; Rick, Die unentgeltliche Wahrnehmung des Betriebsratsamtes, BetrVerf. 1956 S. 33

²⁾ Vgl. dazu Sax, Walter jun., Die Strafbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetz, Diss. Würzburg 1975 S.28 ff

Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt.¹⁾ Außerdem würde eine Kündigung, die gegen § 78 Satz 2 verstoßen würde, wegen Verletzung eines gesetzlichen Verbots nach § 134 BGB nichtig sein.

Nach § 78 Satz 1 dürfen die Mitglieder des Betriebsrates in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden.²⁾

Die Störungen und Behinderungen in der Betriebsratsfähigkeit müssen in einer Amtshandlung liegen, die Benachteiligung braucht dagegen nur in der Betriebsratstätigkeit des einzelnen Betriebsratsmitgliedes, also nur durch sie motiviert, erfolgt zu sein.³⁾

Im Rahmen der strafrechtlichen Sicherung der Betriebsratstätigkeit zeigt sich das Zusammenwirken von Betriebs- und Sozialpartnern und Staat und insofern das Sozialitätsprinzip bei der Verfolgung und Aburteilung von Verstößen gegen Behinderungen oder Störungen der Tätigkeit des Betriebsrats oder einer Einigungsstelle. Ein solcher Verstoß wird nur auf Antrag des Betriebsrats, des Unternehmers oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft verfolgt.

1) Kammann, Hess, Schlochauer, a.a.O., § 78 Rz 13

2) Stege-Weinsbach, 4. Aufl. 1981, § 78 Nr. 1-7 mit Beispielen

3) Dietz-Richardi, § 78 Anm. 5 ff. m.w.N.

III. Pflichtverletzungen des Arbeitgebers

Das mit dieser Arbeit verfolgte Anliegen, das Zusammenwirken von individuell-persönliche, überindividuell-gesellschaftlichen und subsidiär zwingenden staatlichen Kräften aufzudecken, wird bei der Sicherung des Amtes der Betriebsräte schließlich durch zwei außergewöhnliche Vorschriften gestützt.

1. Pflichtverletzung nach § 23 Abs.3 BetrVG

Nach § 23 Abs. 3 können der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz (vgl. z.B. §§ 2, 78, 79) beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen.¹⁾ Das Arbeitsgericht kann dann dem Arbeitgeber eine entsprechende Verpflichtung auferlegen. Kommt der Arbeitgeber der ihm auferlegten Verpflichtung nicht nach, so ist er nach Rechtskraft der gerichtlichen Auferlegungsentscheidung vom Arbeitsgericht auf Antrag des Betriebsrats (oder der Gewerkschaft, wenn sie den ursprünglichen Antrag gestellt hatte) wegen einer jeden Zuwiderhandlung nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen, bzw. zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld anzuhalten.

1) d.h. Antrag muß auf zukünftiges Handeln gerichtet sein; bereits begangene Verstöße des Arbeitgebers können nur nach §§ 119, 121 BetrVG verfolgt werden. Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 23 Rz 71 m.w.N.

Vorausgesetzt ist bei alledem, daß die gerichtlich feststellbaren und vollstreckbaren Verstöße sich gegen das Betriebsverfassungsgesetz richten, wie der Wortlaut von § 23 Abs. 3 zeigt. Derartige Verstöße gegen das Betriebsverfassungsgesetz können sich aus Verletzungen zahlreicher Vorschriften ergeben. Sie seien wie folgt zusammengetragen, wobei die wichtigsten durch Unterstreichungen der Zahlen hervorgehoben werden. Zu nennen sind §§ 2, 20, 29 Abs. 4, 37 Abs. 2-6, 38, 39, 40, 43 Abs. 2, Satz 3, 44, 53 Abs. 2 Ziff. 2, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 80 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, 81, 82, 85, 87 ff - 105, 106 ff, 111 ff. Auf diesen Grundlagen sind weitgehende gerichtliche Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber zur Sicherung der Betriebsratstätigkeit möglich. Das Arbeitsgericht Würzburg hat z.B. durch Beschluß vom 16.02.1977 (4 BV 11/76/S) einer Arbeitgeberin bei Meidung einer Geldstrafe von DM 20.000,-- aufgegeben:

1. dem Betriebsausschuß Einblick in die Listen der Bruttogehälter zu gewähren, ausgenommen die Gehälter der leitenden Angestellten
(Rechtsgrundlage: § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG),
2. bei Einstellungen, Eingruppierungen und Umgruppierungen den Betriebsrat rechtzeitig vorher zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen, ihm unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten personellen Maßnahmen zu geben und seine Zustimmung einzuholen
(Rechtsgrundlage: § 99 Abs. 1 BetrVG),
3. bei Einstellungen dem Betriebsrat die vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen
(Rechtsgrundlage: § 99 Abs. 1 BetrVG),

4. den Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören und ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen (Rechtsgrundlage: § 102 Abs. 1 BetrVG),
5. den Betriebsarzt nur nach Anhörung des Betriebsrats zu bestellen (Rechtsgrundlage: § 9 Abs. 3 des Gesetzes über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit vom 12.12.1973, BGBl. I S. 1885),
6. das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Betriebskantine zu beachten (Rechtsgrundlage: § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG),

Im Schrifttum¹⁾ wird den Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz gelegentlich die Verpflichtung aus einem Tarifvertrag gegenübergestellt und Verstöße gegen einen Tarifvertrag nicht den Maßnahmen nach § 23 Abs. 2 BetrVG unterworfen. Indessen kann auch durch Nichtbeachtung der geltenden Tarifverträge die Pflicht des Arbeitgebers zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit Betriebsrat und einschlägigen Gewerkschaften zum Wohl der Arbeitnehmer des Betriebes, mithin § 2 des Betriebsverfassungsgesetzes, verletzt werden. Auch würde der Arbeitgeber, der die Wächteraufgabe des Betriebsrats zur Durchführung der geltenden Tarifverträge (nicht nur der Betriebsvereinbarungen!) mißachten würde, nicht nur gegen einen Tarifvertrag, sondern zugleich gegen das Betriebsverfassungsgesetz im Sinne von § 23 Abs. 3 verstoßen.

1) Dietz-Richardi, § 23 Rz 53

Alle derartigen Verstöße müßten "grob" sein, um Maßnahmen nach § 23 Abs. 3 zu rechtfertigen.¹⁾

Durch diesen unbestimmten Rechtsbegriff, den das Wort "grob" darstellt ist auch im Rahmen von § 23 Abs. 3 eine mit rechtlichen Gesichtspunkten durchgeführte gerichtliche Prüfung ermöglicht. Hierzu gehört die grundsätzliche Frage, ob zum "groben Verstoß" gegen die Pflichten des Arbeitgebers aus dem Betriebsverfassungsgesetz eine objektive²⁾ Zuwiderhandlung genügt oder darüberhinaus ein subjektives³⁾ Element, also eine schuldhafte Gesetzesverletzung, erforderlich ist.

Es ist wohl besser, hier zwischen den für Pflichtwidrigkeiten gebrachten Begriffen "Verstöße" in § 23 Abs. 3 und "Verletzung" in § 23 Abs. 1 zu unterscheiden. Während "Verletzung" in der Gesetzes-sprache ein objektives Verhalten kennzeichnet, weswegen in § 823 Abs. 1 BGB außer dem "verletzt" die

1) nach RegE, BT-Drucks, VI, 1786 S. 39 ist ein grober Pflichtverstoß z.B. der Verstoß gegen die Friedenspflicht, kein grober Verstoß nach Rspr. des BAG ist z.B. die Verteidigung einer bestimmten Rechtsansicht in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage (BAG v. 27.11.1973 - 1 ABR 11/73 - AP Nr. 4 zu § 40 BetrVG 1972 = BB 1974, 368 = DB 1974, 731 = SAE 1975, 198), zitiert aus Kammann/Hess/Schlochauer § 23 Rz 68, 69 m.w. Beispielen.

2) Dietz-Richardi, a.a.O.: § 23 Rz 57: Weniger entscheidend der Vorwurf, als der objektive Verstoß; Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O.: § 23 Rz 39a: "grobe Pflichtverletzung setzt kein schuldhaftes Verhalten voraus."

3) Galperin-Löwisch, a.a.O., § 23 Rz 54; Kammann/Hess/Schlochauer, § 23 Rz 66.

Verschuldensvoraussetzungen "vorsätzlich oder fahrlässig" ausdrücklich genannt sind, liegt im Wort und Begriff "Verstoß" zugleich ein Vorwurf gegenüber einem Verhalten. Im Unterschied zu Absatz 1 ist daher in § 23 Abs. 3 Verschulden vorausgesetzt, um einen groben Verstoß des Arbeitgebers festzustellen.

2. Pflichtverletzungen nach § 101 BetrVG

Eine im Vergleich mit der allgemeinen Regelung des § 23 Abs. 3 spezielle¹⁾, formell aber in gleicher Weise gestaltete Sicherung der Betriebsräte im Rahmen ihrer Zuständigkeit bei der Mitbestimmung im Falle von Einstellungen und anderen personalen Maßnahmen (§ 99 BetrVG) findet sich in § 101 BetrVG. Auch hier kann der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber bei personellen Maßnahmen seine Beteiligungs- und Beachtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat verletzt, beim Arbeitsgericht die Anordnung der Aufhebung eigenmächtiger Maßnahmen des Arbeitgebers beantragen und das Arbeitsgericht muß eine entsprechend erlassene Entscheidung nach deren Rechtskraft auf Antrag des Betriebsrats mit Zwangsgeld durchsetzen.²⁾

1) sogen. Zweistufenverfahren (Arbeitsring, Chemie, § 101 Anm. 1) zit. aus Dietz-Richardi, a.a.O., § 101 Anm. 1

2) Ebenso Beschluß des LAG Hamm vom 30.07.1976 in "Betriebsberater" 1976, S. 1607.

3. Der Arbeitgeber im Ordnungswidrigkeitsverfahren

Hier wie in der allgemeinen Vorschrift des § 23 Abs. 3 BetrVG fällt es auf, daß der Arbeitgeber auf Antrag des Betriebsrates in ein Ordnungsverfahren verwickelt werden kann.

a. Die Verfassungsmäßigkeit von § 23 Abs. 3 BetrVG

Dies hat im Zusammenhang mit § 23 Abs. 3 zu der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift geführt. Galperin¹⁾ wirft dem Gesetzgeber, welcher die Regelung in § 23 Abs. 3 "aus Gründen der Gleichgewichtigkeit" für gerechtfertigt gehalten habe, ein Verkennen der Besonderheiten des Arbeitgebers gegenüber Betriebsratsmitgliedern vor.

Der Gesetzgeber habe übersehen, daß die "Disziplinierung" von Betriebsratsmitgliedern nach § 23 Abs. 1 "im Rahmen einer Verbandsordnung erfolgte, sich gegen ein Mitglied eines Verbandsorgans (Betriebsverfassungsorgan) richtet und auf den Ausschluß aus dem Verbandsorgan beschränkt ist." Keine dieser Voraussetzungen, so führt Galperin weiter aus, liege bei dem summari-

1) Hans Galperin, "Das Betriebsverfassungsgesetz 1972. Leitfaden für die Praxis", Heidelberg 1972, S. 95

schen Verfahren gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 vor, durch das die Entscheidung des gesetzlichen Richters unterlaufen werde. Abgesehen hiervon gebe die Betriebsverfassung im umgekehrten Falle keine Möglichkeit, eine pflichtgemäße Amtsführung des Betriebsrats oder seiner Mitglieder durch Beugestrafen zu erzwingen. Es müßten daher "gegen die Regelung des § 23 Abs. 3 verfassungsrechtliche Bedenken erhoben werden."

In der Tat könnte die "Disziplinierung" eines Unternehmers als Eingriff in seine freie berufliche Tätigkeit und damit auch in die Gestaltung seines Eigentums erscheinen. Diese Bedenken sind jedoch abzulehnen. Vielmehr zeigt gerade die Möglichkeit, den Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz durch Ordnungsgeld zu zwingen, daß auch der Arbeitgeber im Betriebsverfassungsrecht nicht als Individual-, sondern als Sozialperson wirkt und zur Erfüllung seiner Pflichten daher nicht nur im Wege des Zivil- oder Arbeitsgerichtsprozesses, sondern in § 23 Abs. 3 und § 101 mit verwaltungsmäßigen Mitteln angehalten werden kann.¹⁾

- b. Die Einbeziehung des Arbeitgebers in den überindividuellen Betriebs- und Sozialbereich

¹⁾ Dietz-Richardi, a.a.O.

Aus § 23 Abs. 3 BetrVG kann wie aus dem speziellen¹⁾ § 101 BetrVG ein besonders eindrucksvolles Zusammenwirken individueller, überindividuell-betrieblicher und staatlicher Kräfte entnommen werden, in § 23 Abs. 3 mit den Gewerkschaftsbefugnissen daselbst auch rein gesellschaftlicher Kräfte.

In § 23 Abs. 3 und § 101 ist in den jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Gesamtvorgang nun auch der Arbeitgeber eingefügt. Zunächst - wie als gleichzeitiger Unternehmer - Individualperson, wird er mit seinen Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz in den überindividuellen Betriebszusammenhang gestellt. Darin ist er zwar persönlich verantwortlich für alle seine Entschlüsse. Er ist aber in zahlreichen personalen und wirtschaftlichen Angelegenheiten erst nach Einholen von Rat, ja sogar (entsprechend abschließender gesetzlicher Aufzählung) nur mit Zustimmung seitens des Betriebsrats (oder ihrem Ersatz durch eine

1) Ebenso LAG Hamm v. 30.07.1976 in Betriebsberater 1976, S. 1607:
2. Ein solcher Antrag ist jedoch nicht begründet. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei personellen Maßnahmen kann ausschließlich durch das Zwangsverfahren nach § 101 BetrVG, d.h. durch Aufhebung der ohne Zustimmung des Betriebsrates durchgeführten personellen Maßnahme, geahndet werden. Ein Verfahren gegen den Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 BetrVG scheidet daneben aus (Sondervorschrift gegenüber § 23 Abs. 3 BetrVG, Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, zu BT-Drucks. VI/2729, S. 21.)

Einigungsstelle) zur Entscheidung befugt. Die Individualperson des Arbeitgebers ist zugleich Sozialperson geworden. Dieselbe unterliegt auf Antrag des Betriebsrates, also einer Überindividuellen Kraft im Betriebsbereich, in einem Fall des § 23 Abs. 3 alternativ Überdies auf Antrag einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, also einer rein gesellschaftlichen Kraft, der hier wie auch sonst subsidiär einsetzenden staatlichen Kontrolle und Durchsetzungshilfe des Arbeitsgerichts.

c. Zusammenfassung

So treffen auch in den Fällen der §§ 23 Abs. 3 und 101 BetrVG die drei Lebens- und Ordnungsbereiche zusammen: der Individualbereich des Arbeitgebers und Unternehmers als Grundlage, der vom Betriebsrat dargestellte und um den Arbeitgeber vermehrte Überindividuelle Bereich der Betriebspartnerschaft, teilweise sogar der Überbetriebliche reine Sozialbereich in Gestalt betriebsbezogener Gewerkschaften, und schließlich mit dem Überwachenden und hilfsweise durchführenden Arbeitsgericht der staatliche Bereich. Damit sind erneut die drei Schichten des Sozialitätsprinzips und dieses selbst in der Dreigliederung der menschlichen Arbeitsgesellschaft fest- und dargestellt.

V i e r t e s K a p i t e l

Die Sicherung der Belegschaft im Verhältnis zum Betriebsrat

I. Sicherung auf der Grundlage von § 2 BetrVG

Wie die Betriebsratsmitglieder und damit der gesamte Betriebsrat in der von der Belegschaft gebildeten und zusammengesetzten Einrichtung vor Störungen oder Beeinträchtigungen, die einzelnen auch vor Benachteiligungen geschützt werden müssen, so muß umgekehrt die Belegschaft davor bewahrt werden, daß sich der Betriebsrat unkorrekt verhält.

Von Arbeit und Wirken des Betriebsrats ist unter den Begriffen Zusammenarbeiten und Zusammenwirken in § 2 BetrVG zwar nur im Verhältnis zum Arbeitgeber¹⁾ und zu den Inhabern der überbetrieblichen gesellschaftlichen Kräfte (Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen)²⁾, nicht im Verhältnis zwischen Betriebsrat und Belegschaft die Rede. Als Ziel, und damit zugleich als Motiv und Rechtfertigung des Zusammenarbeitens und -wirkens ist aber alsbald das Wohl der Arbeitnehmer und des da-

1) Kreutz, Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, B1StSozArbR 1972, S. 44; Söllner, Zur vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsvertretung und Arbeitgeber, DB 1968, S. 571

2) Rütters, Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 1968, S. 161

mit untrennbar verbundenen Betriebes genannt. Die darin zum Ausdruck gelangende Gemeinsamkeit der Interessen und Tendenzen von Betriebsrat und Arbeitnehmerschaft wird im Betriebsverfassungsrecht (§ 23 BetrVG) weiterhin durch eine Art von Mißtrauensvotum gesichert, das hier näher zu behandeln ist, weil seine besondere Gestaltung erneut das Zusammenwirken der Individual-, Gesellschafts- und Staatskräfte und dadurch das Walten des Sozialitätsprinzips zeigt.

II. Sicherung der Belegschaft durch Mißtrauensvotum nach § 23 Abs. 1 BetrVG

1. Der formelle Mißtrauensantrag

Das Mißtrauensvotum gegenüber dem Betriebsrat oder einem seiner Mitglieder hat in § 23 Abs. 1 BetrVG die Form eines Antrages erhalten.¹⁾ Dies entspricht allgemeiner moderner verfassungsrechtlicher Terminologie und Konstruktion. Vergleichsweise dürfen Art. 67 und 68 des Grundgesetzes herangezogen werden. In Absatz 1 von Art. 67 GG ist zwar nur vorgesehen, wie der Bundespräsident dem Bundeskanzler das Mißtrauen aussprechen kann; in Absatz 2 wird dieses Aussprechen aber klar als Antrag gekennzeichnet. Dasselbe geschieht in Art. 68 GG bezüglich der Vertrauensfrage, die in Abs. 1 Satz 1

1) Freitag, Betriebsratsamt und Arbeitsverhältnis, Diss. Regensburg 1972, S. 78 ff.

und Abs. 2 als Antrag, das Vertrauen auszusprechen, geformt und formuliert ist. Der Antrag an das Arbeitsgericht als subsidiär anzurufende Instanz steht also der Kennzeichnung des Antrages als Mißtrauensvotum nicht entgegen.

2. Der Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG
materiell als Mißtrauensvotum

a. Der Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG
materiell als Mißtrauensvotum

Inhaltlich erfüllt der Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG die begrifflichen Merkmale eines Mißtrauensvotums. Denn ein solches ist darauf gerichtet und hat das (mögliche) Ziel, einen Organwalter aus seinem Amt zu entfernen.¹⁾

b. Betriebsverfassungsrechtlicher Begriff des Mißtrauensvotums

Im Falle des § 23 Abs. 1 BetrVG darf aber die Besonderheit des Betriebsverfassungsrechts nicht übersehen werden: Auch das betriebsverfassungsrechtliche Mißtrauensvotum ist durch das Sozialitätsprinzip geformt und hierdurch gegenüber dem staatsverfassungsrechtlichen Mißtrauensvotum abgewandelt (modifiziert).

¹⁾ Achterberg, Grundzüge des Parlamentsrechts, München 1971, S. 63

Erneut tritt die Dreigliederung des Betriebslebens hervor: Auf der Individualebene erscheinen Arbeitnehmer in der Minderheitenzahl von einem Viertel der im Betrieb vorhandenen wahlberechtigten Arbeitnehmer und der Arbeitgeber als Antragsteller. Auf der Sozialebene bleibt die im Betrieb vertretene Gewerkschaft als alternativ berechnete Antragstellerin nicht aus. Auf der staatlichen Ebene trifft schließlich - wenn nicht etwa auf den Eindruck oder sogar unter dem Druck des Antrages ein freiwilliger Rücktritt des Kollegiums in allen seinen Gliedern oder der einzelnen angegriffenen Amtswalter erfolgt - das Arbeitsgericht die Entscheidung - die mit Rechtskraft (im Beschlußverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 ArbGG)¹⁾ endgültig ist.

- c. Die Verbindung des Sozialitätsprinzips mit dem Prinzip der Selbstreinigung von Korporationen und Gruppen.

In dem Musterbeispiel für ein Zusammentreffen individueller, gesellschaftlicher und staatlicher Kräfte könnte höchstens störend wirken, daß nach § 23 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch vom Betriebsrat der Ausschluß eines Mitglieds beantragt werden kann. In der Lebenswirklichkeit sind indessen im Hintergrunde der Gesetze gefundene theoretische Prinzipien nicht immer rein durchgeführt.

¹⁾ Dietz-Richardi, a.a.O., § 23 Anm. 28.

Im Falle des § 23 Abs. 1 BetrVG wird das Sozialitätsprinzip mit dem historisch in ständischen Bereichen entwickelten Prinzip der Selbstreinigung einer Korporation oder Gruppe verbunden. Diese Mischung ist im Rahmen einer Antragstellung erträglich. Tatsächlich kommt es aber nur selten vor, daß sich der Betriebsrat an das Arbeitsgericht mit dem Antrag auf Ausschluß eines seiner Mitglieder nach § 23 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wendet,¹⁾ so daß dem Sozialitätsprinzip kein einschneidender Abbruch geschieht.

3. Neuwahl nach Auflösung des Betriebsrats

Hat das Arbeitsgericht auf den Antrag einer hierzu befugten Gruppe oder Person den Betriebsrat in seiner derzeitigen Zusammensetzung aufgelöst, so hat das Arbeitsgericht gem. § 23 Abs. 2 BetrVG, ergänzt durch den entsprechend anzuwendenden § 16 Abs. 2 BetrVG, einen Wahlvorstand²⁾ für die Neuwahl des Betriebsrats einzusetzen, wobei das Arbeitsgericht erforderlichenfalls - wie bei den Wahlen nach Ablauf der regulären Amtszeit - in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern auch Mitglieder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, die nicht Arbeitnehmer des Betriebes sind, zu Mitgliedern des Wahlvorstandes bestellen kann.

¹⁾ Dietz-Nikisch, a.a.O., § 81 Anm. 80

²⁾ Antrag auf Bestellung ist nicht erforderlich, Dietz-Richardi, a.a.O., § 23 Anm. 49.

Das Arbeitsgericht ist also nicht etwa befugt, den Betriebsrat als gesetzlich gebildete Institution aufzulösen. Vielmehr muß das Gericht im Gegenteil für deren Erhaltung sorgen. Auflösen kann das Arbeitsgericht lediglich den Betriebsrat als faktisch bestehende, organisatorisch verbundene Mehrheit von natürlichen Personen. Wie beim Zeitablauf kann das Arbeitsgericht die erneute Wahl vorbereiten, aber nicht erzwingen. Den Wahlvorstand hat das Arbeitsgericht pflichtgemäß einzusetzen,¹⁾ zur Wahl zwingen kann es die Wahlberechtigten aber hier wie auch sonst nicht.

Das Arbeitsgericht ist auch nicht in der Lage, den Betriebsrat selbst einzusetzen oder zu vervollständigen. Dies geht auf dem Wege über *argumentum e contratio* sowohl aus § 16 Abs. 2 als auch aus § 23 Abs. 2 BetrVG bereits zwingend hervor. Denn bei Beendigung des Betriebsrats durch Zeitablauf wie durch Auflösung ist nur die Einsetzung eines Wahlvorstandes für die Neuwahl vorgesehen und vorgeschrieben, aber nirgends die ersatzweise oder gar im Wege der Ersatzvornahme erfolgende Neubestellung eines Betriebsrates oder seiner Mitglieder durch das Gericht, also ein Staatsorgan. Desgleichen würde auch der Zurückhaltung des Staates gegenüber der Entscheidung der Belegschaft über ihre

1) Entscheidung ergeht im Beschlußverfahren, BAG, AP Nr. 2 zu § 16 BetrVG = BAGE 10, S. 154 ff. Die Auswahl der Arbeitnehmer steht dem Arbeitsgericht frei, Buchner, Reform des Betriebsverfassungsrechts, in Die AGJ 1, S. 136

Betriebsgestaltung widersprechen. Es muß der Belegschaft insbesondere freistehen, ob sie und ihre Mitglieder - etwa in patriarchalisch gestalteten Betrieben - sich der Unmittelbarkeit des Umgangs mit ihrem Arbeitgeber bedienen wollen oder die Mittelbarkeit des Betriebsrats vorziehen. Wenn also die Arbeitnehmer sich dem Wählen ausdrücklich oder stillschweigend verweigern, so hat es hierbei sein Bewenden.

Hierdurch unterscheidet sich die staatliche Subsidiarität bei der Betriebsratseinsetzung und -besetzung grundsätzlich von den subsidiären Gerichtsbefugnissen im Vereinsrecht (§ 29 BGB) und Aktivrecht (§ 104 AktG).

Im Betriebsverfassungsrecht entscheiden die Arbeitnehmer, also die Individualpersonen, im Ergebnis allein, wie bei der Wahl nach Zeitablauf (§§ 16 ff. BetrVG), über die Vornahme einer Neuwahl nach Auflösung des Betriebsrats (§ 23 Abs. 2 BetrVG).¹⁾

III. Die Betriebsversammlung

Die wichtigste Verbindung zwischen Betriebsrat und

1) Der Arbeitgeber hat ebenfalls kein Antragsrecht für die Bestellung des Wahlvorstandes, die ihm auch nicht vom Arbeitsgericht eingeräumt werden kann, so der CDU-CSU-Entwurf, BT-Drucks. VI/1806, S. 12, § 55, abgelehnt durch den zuständigen Bundestagsausschuß. ("Die Errichtung von Arbeitnehmervertretungen obliegt den Arbeitnehmern", BT-Drucksache, zu VI/2729, S. 21).

Belegschaft ist die persönliche unmittelbare Beziehung zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und "seinem" Betriebsrat mit dessen Mitgliedern. Aber auch gesammelt und insofern korporativ sollen die Arbeitnehmer als Ganzes dem Betriebsrat und auch dem Arbeitgeber zur Seite und gegenüber treten. Hierzu dient die Betriebsversammlung.¹⁾

Erörtert werden sollen hier also nicht die Betriebsversammlung als solche und ihre einzelnen Aufgaben und Befugnisse, sondern lediglich ihre Gesamtfunktion als demokratische Betriebsgrundlage im Hinblick auf das Sozialitätsprinzip.

1. Einberufung der Betriebsversammlung

Pflicht des Betriebsrates ist es, den Zeitpunkt der Einberufung der Betriebsversammlung durch gemeinsamen Beschluß gem. § 43 BetrVG festzulegen. Der Vorsitzende führt dann den Beschluß durch, indem er "namens des Betriebsrats die Betriebsversammlung einberuft."²⁾ Hierzu ist nur er - oder sein Stellvertreter - ermächtigt. Die im Betriebe vertretenen Gewerkschaften, dem Arbeitgeber, wie auch dem Arbeitsgericht oder dem antragsberechtigten Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 43 Abs. 3 BetrVG) steht ein solches Recht nicht zu.³⁾ Doch muß der Betriebsrat nach § 43 Abs. 3

1) Fitting, Die Grundzüge des neuen Betriebsverfassungsrechts, in BABI 1972, S. 276; Herschel, Die zeitliche Lage der Betriebsversammlung in DB 1962, S. 237

2) Vogt, Die Betriebsversammlung, 2. Aufl. 1972, S. 26

3) Vogt, a.a.O. S. 27.

BetrVG auf Wunsch des Arbeitgebers oder von mindestens einem Viertel der wahlberechtigten Arbeitnehmer (hier also nicht einer Gewerkschaft) eine Betriebsversammlung einberufen¹⁾ und den beantragten Gegenstand auf die Tagesordnung setzen. Auf Antrag einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft muß jedoch der Betriebsrat gemäß § 43 Abs. 4 vor Ablauf von 2 Wochen nach Eingang des Antrags eine Betriebsversammlung (zur Erstellung eines Tätigkeitsberichts durch den Betriebsrat nach § 43 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) einberufen, wenn im vorhergegangenen Kalenderhalbjahr keine Betriebsversammlung und keine Abteilungsversammlungen durchgeführt worden sind. An den Betriebs- oder Abteilungsversammlungen können auf Grund von § 46 BetrVG Beauftragte der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften beratend teilnehmen, der Arbeitgeber kann bei Teilnahme an einer dieser Versammlungen einen Beauftragten der Arbeitgebervereinigung, der er angehört, hinzuziehen.

Wie die Betriebsversammlung einzuberufen ist, wird im Gesetz nicht näher aufgeführt. Die Einberufung hat aber in jedem Fall so zu erfolgen, daß den Arbeitnehmern genügend Zeit bleibt, sich darauf einzustellen. Jeder Arbeitnehmer soll auch wirklich Kenntnis von der Einberufung der Betriebsversammlung erlangen. Sie wird daher auch meist durch Rundschreiben oder Aushänge am Schwarzen Brett angekündigt.²⁾

1) Meisel, a.a.O., BB 1962, S. 763

2) Vogt, a.a.O., S. 25 ff.

Neben den Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber (§ 43 Abs. 2 BetrVG) unter Mitteilung der Tagesordnung zu laden, wie auch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften (gem. § 46 Abs. 2 BetrVG). Da die Betriebsversammlungen im allgemeinen während der Arbeitszeit abgehalten werden, hat der Betriebsrat den Arbeitgeber nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit aber nicht einfach zu laden, vielmehr soll er den Termin vorher mit ihm absprechen, um eventuelle betriebliche Notwendigkeiten berücksichtigen zu können.¹⁾

Einzuberufen ist die Versammlung vom Betriebsrat gem. § 43 Abs. 1 BetrVG einmal im Jahr.

2. Ablauf der Betriebsversammlung

Der am Anfang jeder Betriebsversammlung stehende Tätigkeitsbericht des Betriebsrats dient der Unterrichtung der Betriebsversammlung über allgemeine betriebliche Angelegenheiten seit der letzten Betriebsversammlung und über die vom Betriebsrat getane Arbeit. Zu diesem vor Beginn der ordentlichen Betriebsversammlung durch einen Beschluß des Betriebsrates in seinem Inhalt festgelegten Tätigkeitsbericht²⁾ gehört auch die Arbeit des Betriebsrates im Gesamtbetriebsrat, nicht jedoch die Tätigkeit im Wirtschaftsausschuß.³⁾

1) Stege-Weinspach, a.a.O., S. 72

2) Erdmann, Erl. zu § 43

3) Kammann-Hess-Schlochauer, a.a.O., § 106 S. 1168

Die Betriebsversammlung selbst dient damit in erster Linie dazu, die Verbindung zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat aufrechtzuerhalten, da der Betriebsrat kraft seiner Funktion ja die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer für diesen ausübt,¹⁾ was aber nicht bedeutet, "daß er seine Tätigkeit der Betriebsversammlung gegenüber verantworten müßte"²⁾. Die Betriebsversammlung hat auch keine übergeordnete Funktion gegenüber dem Betriebsrat.³⁾ Der Betriebsrat ist nicht ihr Ausführungsorgan.⁴⁾ Wenn die Betriebsversammlung auch nicht berechtigt ist, "dem Betriebsrat" bindende Anweisungen zu erteilen, oder seine Beschlüsse außer Kraft zu setzen,⁵⁾ so muß doch berücksichtigt werden, daß die Betriebsversammlung dem Betriebsrat Vorschläge unterbreiten oder Anträge stellen kann, die der Betriebsrat prüfen muß, da die Betriebsversammlung sonst ein nahezu nutzloses Instrument darstellen würde.⁶⁾

Da der Vorsitzende des Betriebsrats die Versammlung leitet, hat er auch dafür zu sorgen, daß nicht gegen allgemeine Grundsätze des Betriebsfriedens verstoßen wird. So darf er einerseits nicht unmittelbar durch

1) Radke, Gesamtbetriebsrat und Betriebsversammlung, in AuR 1956, S. 335; vgl. auch LAG Hamm, Urt. v. 2.11.1956 in BB 1957, S. 40

2) Fitting-Auffarth, BetrVG-Komm. § 42 Anm. 5

3) Dietz, § 44 Anm. 1; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954, S. 416

4) BAG, in AP Nr. 1 zu § 44 BetrVG

5) BT-Drucksache Nr. 3585, S. 8

6) Bührig, Handbuch der Betriebsverfassung, Köln 1953, § 44 Anm. 2

die Betriebsversammlung Druck auf den Arbeitgeber ausüben, was ihn aber nicht hindern braucht, eine "seiner Ansicht nach irrige Rechtsauffassung des Arbeitgebers mitzuteilen und hierzu Stellung zu nehmen".¹⁾ Andererseits hat er auch für einen ungestörten Ablauf zu sorgen, da er als Leiter einer Versammlung für deren Dauer auch das Hausrecht ausübt.²⁾ Diese, dem Betriebsratsvorsitzenden zustehende Ausübung des Hausrechts, schränkt das Hausrecht des Arbeitgebers für die Dauer der Versammlung ein.³⁾ Falls jedoch der Vorsitzende seine ihm aus der Leitung der Betriebsversammlung herrührenden Rechte mißbraucht, indem er z.B. Diskussionen über betriebsfremde Themen gestattet, so hat der Arbeitgeber wiederum das uneingeschränkte Hausrecht und kann solche Diskussionen unterbinden.⁴⁾

3. Bedeutung der Versammlung im Rahmen des Sozialitätsprinzips

Aus alledem ergibt sich für das Sozialitätsprinzip: Die demokratische Basis der Betriebsorganisation ist, soweit diese die Belegschaft betrifft, weithin der Selbstverwaltung der Arbeitnehmer und des Betriebsrats

-
- 1) LAG München, Urt. v. 23.5.1958 in Betr. 1958, S. 900
 - 2) Vgl. § 7 Abs. 4 VersG für öffentliche Versammlungen
 - 3) Gross, RdA 1959, S. 92; Mayer-Maly, SAE 1964, S. 165; Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. 3, 2. Aufl. Tübingen, 1966, S. 223; Vogt, a.a.O., S. 61
 - 4) Meisel, a.a.O., BB 1962, S. 763; Stege-Weinspach, a.a.O., S. 207

Überlassen. Außer den Betriebskräften sind für die Einberufung der Betriebsversammlung (§ 43 Abs. 4) und zur Beratung der Versammlung (§ 46) gesellschaftliche Kräfte am Werk.

F ü n f t e s K a p i t e l

Der Schutz des Arbeitsplatzes der Betriebsratsmitglieder

Die drei im Sozialitätsprinzip unterschiedenen Rechtsbereiche (individualrechtliche, sozialitätsrechtliche und staatliche Bereiche) treffen schließlich zur Sicherung der ungestörten Arbeit und der persönlichen Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder bei der Kündigung gegenüber diesen zusammen.

I. Schutz im individualrechtlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers

Zu beginnen ist mit dem individualrechtlichen Bereich.

1. Gesetzesgrundlagen für das Kündigungsrecht des Arbeitgebers

Ausgangspunkt muß hier das Kündigungsrecht des Arbeitgebers sein. Es ist nach § 15 Abs. 1 KSchG an das Vorliegen eines wichtigen Grundes und an die Zustimmung des Betriebsrats geknüpft, wobei der Schutz für das einzelne Betriebsratsmitglied noch für ein Jahr nach Beendigung seiner Amtszeit nachwirkt. § 15 Abs. 1 KSchG ist also mit § 626 BGB und § 103 BetrVG verbunden.

a. Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers

Inhaber des Kündigungsrechts ist der Arbeitgeber.

a.a. § 616 Abs. 1 BGB

Das Kündigungsrecht hängt zivilrechtlich zunächst davon ab, ob die materiellen Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB erfüllt sind, ob also die Kündigung durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist. Der Begriff des "wichtigen Grundes" ist durch Rechtslehre und Rechtsprechung weitgehend geklärt.¹⁾ Im Rahmen dieser Arbeit ist jedoch eine kurze Erläuterung erforderlich. Der Kündigende, hier der Arbeitgeber, hat einen wichtigen Grund, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.²⁾ Die Gründe hierfür können, müssen aber nicht in der Person des Arbeitnehmers liegen, brauchen auch nicht auf einem Verschulden des Arbeitnehmers zu beruhen, sind in sachlicher Hinsicht nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse beschränkt, überhaupt nicht lediglich gesteigerte Voraussetzungen aus § 1 des Kündigungsschutzgesetzes. Vielmehr genügt jede objektiv feststehende Tatsache, welche es dem Kündigenden, Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, sozial unmöglich macht, das Arbeits-

-
- 1) Vgl. Palandt, BGB, 39. Aufl., München 1980, § 626 4 d m.w.N., BAG vom 20.12.1961 in BAGE 12, S. 141 m.w.Rechtspr., Einzelfälle aus der Rechtsprechung, Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 103 Rz 31,32
- 2) RAG in ARS bd. 17, S. 476, Bd. 23, S. 194 im Anschluß an § 16 vorl. LandarbO, BAG v. 3.11.1955 in BAGE, Bd. 2, S. 207 ff., Bd. 2, S. 214 ff.

verhältnis fortzusetzen. Der Hinweis auf die soziale Unmöglichkeit bringt es mit sich, daß der wichtige Grund nicht allein aus den egoistischen Interessen des Kündigenden zu beurteilen ist. Mithin sind die Interessen beider Vertragsteile, des Kündigenden wie des Kündigungsempfängers gegeneinander abzuwägen.

Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als erste Rechtfertigung und Rechtsbedingung für eine fristlose Kündigung fügt diesen Teil des Kündigungsrechts deutlich an den Individualbereich der Rechtsbeziehungen der Betriebsratsmitglieder zum Arbeitgeber ein.

b.b. § 626 Abs. 2 BGB

Näher zu erörtern ist weiter die Wahrung der Frist von 2 Wochen in § 626 Abs. 2 BGB. Dies ist zunächst auf Seiten des Arbeitgebers allein (d.h. unabhängig von der Zustimmung des Betriebsrats, hierüber unten in II.2) zu untersuchen.

Zu beginnen ist mit der "Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen".

Hierzu ist zunächst die "Kenntnis" der Tatsachen erforderlich. Damit ist "eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis des Kündigungssachverhalts vorausgesetzt".¹⁾

¹⁾ So: BAG, Urteil v. 28.10.1971 in III. 1 der Gründe, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist, und Urteil v. 27.1.1972 in Ziff. 2 der Gründe, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

Kenntnis im Sinne von § 626 Abs. 2 BGB ist daher "sichere positive Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen selbst grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht".¹⁾

Entscheidend ist weiter die Kenntnis von "Tatsachen". Es genügen daher nicht allgemeine Werturteile wie angeblicher "Vertrauensverlust" oder behauptete "fehlende Bereitschaft zur Zusammenarbeit". Bei solchen Werturteilen handelt es sich, wie das Bundesarbeitsgericht in den Gründen seines Urteils vom 17.8.1972²⁾ bemerkt hat, um eine "Schlußfolgerung, die im Rahmen der Interessenabwägung auf Grund bestimmter Tatsachen vorzunehmen ist". Und weiter wörtlich: "Nicht die Ergebnisse einer solchen Würdigung, sondern die Vorgänge, die eine solche Beurteilung rechtfertigen, sind die maßgebenden Tatsachen i.S. des § 626 Abs. 2 BGB".

Allerdings rechnet das Bundesarbeitsgericht zu den "Tatsachen" auch den "Verdacht gewisser den Bestand des Arbeitsverhältnisses zerstörender Verfehlungen", insbesondere einer strafbaren Handlung.³⁾

1) So mit Recht Urteil des BAG vom 28.10.1-71 in III. 1 der Gründe, AP Nr. 1 zu § 626 Ausschußfrist und Urteil des BAG v. 6.7.1972 in I. 4 der Gründe, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist

2) BAG, Urteil vom 17.8.1972 in II 2 c der Gründe, AP Nr. 4 zu § 626 BGB

3) Vgl. Urteil des BAG v. 27.1.1972, Gründe 2a, in AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschußfrist mit weiteren Belegen, auch ablehnendem Schrifttum.

Insoweit ist dem Bundesarbeitsgericht nicht zu folgen. Verdachtsgründe sind zwar psychische, sich im Kopf eines Menschen abspielende, Tatsachen, aber keine physischen, in Raum und Zeit objektiv vorhandene Tatsachen. Nur solche Tatsachen können aber als Grundlage eines Vorwurfs im Verhältnis zwischen zwei Menschen angesehen werden. Ebensowenig wie eine Verdachtsstrafe kann es daher eine Verdachtsentlassung geben.¹⁾

Es nimmt daher auch nicht wunder, daß die Rechtsprechung bei dem Versuch, den Beginn der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB festzulegen, in Schwierigkeiten gerät²⁾. Wie sollen Tatsachen "bekannt" sein, wenn sie nicht feststehen? Das Bundesarbeitsgericht führt dazu aus³⁾, im Fall der Verdachtskündigung müsse "der Kündigende ein solches Stück des Sachverhalts mit Sicherheit kennen, daß er sich ein eigenes Urteil über den Verdacht und seine Tragweite zu bilden vermag". Im weiteren Verlauf stellt das Bundesarbeitsgericht aber ausdrücklich auf die "Lage des Einzelfalles" ab, von der es einräumt, daß es "ganz unterschiedlich sein könne", in welchem Zeitpunkt jener "Wissensstand erreicht" sei. Damit ist der Willkür Tür und Tor geöffnet. Dies wird in dem weiteren Satz des Bundesarbeitsgerichts deutlich:

1) Molitor, SAE 1957 S. 5 ff.

2) zugegeben im oben zitierten BAG-Urteil vom 27.1.1972 in 2 b der Gründe.

3) Urteil vom 27.1.1972 unter Ziff. 3 der Gründe, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Ausschußfrist, NJW 1972, S. 1486

"Entscheidend ist diejenige Kenntnis, die dem Kündigenden eine Entscheidung dahin erlaubt, ob ihm - wie das Ges. in § 626 Abs. 1 BGB sagt - die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden kann oder nicht".

Hierdurch wird die Schwierigkeit der Konsequenzen aus der Zulassung einer Verdachtskündigung¹⁾ deutlich.

§ 626 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Hierüber hat das Gericht zu entscheiden. Maßgebend ist also die Lage, die dem Gericht (nicht wie das Bundesarbeitsgericht meint "dem Kündigenden") eine Entscheidung über die Zumutbarkeit, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, erlaubt. Wenn das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 27.1.1972 fortfährt,

diese Entscheidung (das ist in den vom BAG durch "diese" hergestellten Satzzusammenhängen: die Entscheidung des Arbeitgebers), setzt auch die Kenntnis der für den ArbN sprechenden Umstände voraus. Diese Kenntnis wiederum ist - neben der Ausschöpfung aller sonstigen Aufklärungsmöglichkeiten - i. d. Regel nur dadurch zu gewinnen, daß dem ArbN Gelegenheit gegeben wird, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen; denn durch eine solche Stellungnahme können Umstände bekannt werden, die den bisher ermittel-

1) Vgl. BAG v. 4.6.1964 in AP Nr. 13 zu § 626 BGB

ten Sachverhalt in einem anderen Licht erscheinen lassen. Sie können ihn auch ergänzen, ändern oder gar als falsch erweisen,

so trifft dies für eine Würdigung mit dem Ziele einer objektiven Entscheidung zu, wie sie das Gericht gegenüber einseitigen Vertragsparteibehauptungen und -einstellungen zu treffen hat, ändert aber im Zusammenhang des obigen Urteils nichts daran, daß die subjektive Entscheidung des Arbeitgebers vorangestellt und trotz der hinzugefügten Gesichtspunkte des Bundesarbeitsgerichts, mit denen lediglich die weiteren Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB geprüft worden sind, in ihrem Wesen als individueller Akt erhalten geblieben ist.

Die in § 626 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen bezieht sich auf einen außerhalb des Kündigenden liegenden objektiv feststellbaren Sachverhalt. Da eine solche Bezugnahme bei der Verdachtskündigung nicht möglich ist, weil die entscheidende Kenntnis nur auf den Verdacht, also die subjektive Eigensituation des Kündigenden gerichtet werden kann, zeigt sich auch im systematischen Zusammenhang der Absätze 1 und 2 von § 626 BGB, daß eine Verdachtskündigung nicht darunter fällt.

Zu untersuchen ist weiter der Begriff des "Kündigungsberechtigten", auf dessen Kenntnis es nach § 626 Abs. 2 BGB für den Beginn der Ausschußfrist ankommt.

"Zur Kündigung berechtigt sind grundsätzlich nur der ArbG und der ArbN"¹⁾. Auf Arbeitgeberseite²⁾ kommen als Kündigungsberechtigte einzelne oder mehrere Personen in Betracht, der einzelne Unternehmer, bei einer Gesellschaft des bürgerlichen oder des Handelsrechts oder bei juristischen Personen des Privatrechts einzelne oder mehrere Gesellschafter bzw. Vorstandsmitglieder nach Maßgabe der satzungsmäßigen, hilfsweise gesetzlichen Vertretungsmacht.

In den Fällen gesetzlicher (Eltern), gesetzlich geordneter (vgl. § 49 HGB für den Prokuristen) oder ge-
willkürter Stellvertretung kommt es nach § 166 BGB auf die Kenntnis des Vertreters an, ohne daß bei einer Vollmacht die Kenntnis des Vollmachtgebers bedeutungslos würde.

Der Kreis der Kündigungsberechtigten, deren Kenntnis für den Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB entscheidend ist, kann nicht beliebig erweitert werden. So hat es das Bundesarbeitsgericht in seinem oben zitierten Urteil

1) so BAG Urt. v. 28.10.1971 (III.1. der Gründe) in AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

2) Siehe auch hierzu und weiter die oben zitierte Entscheidung des BAG in AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist.

vom 28.10.1971 abgelehnt, die Kenntnis irgendwelcher Aufsichtspersonen (im Urteilsfall eines Bauführers) als Zeitpunkt für den Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB genügen zu lassen. Damit tritt die persönliche Note des Arbeitsverhältnisses auch in ihrer Bedeutung für dessen Beendigung, mag die Bedeutung in der Auflösung eines Vertrauensverhältnisses oder (besonders auf Arbeitnehmerseite) in einer Existenzfrage liegen, deutlich hervor.

Die Beachtung des persönlichen Bereichs führt bezüglich der Arbeitgeberseite zur Einsicht, daß durch Arbeitsvertrag der Kreis der Personen, auf deren Kenntnis es im Rahmen von § 626 BGB ankommt, verengt werden kann. So ist es durchaus zulässig und wirksam¹⁾, daß sich der Arbeitgeber die persönliche Entscheidung über die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vorbehält und der Arbeitnehmer diesem Vorbehalt nicht widerspricht, ihn also vertraglich billigt. Dies kann angesichts der personalen Natur des Arbeitsverhältnisses, jedenfalls bei Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses sogar bei einer Prokura auch mit Außenerwirkung gegenüber dem Arbeitnehmer trotz § 50 Abs. 1 HGB geschehen.²⁾

Zu Schwierigkeiten können derartige Vereinbarungen führen, wenn der Arbeitgeber durch längere Abwesenheit beispielsweise Krankheit, an der Wahrnehmung seiner Aufgaben verhindert ist. Dann kann im besonderen

1) Vgl. die grundsätzliche Entscheidung des BAG v. 9.10.1975 in AP Nr. 8 zu § 626 BGB Ausschlußfrist.

2) So mit Recht Egbert Nickel in der Anmerkung zu dem zuvor (s. Fußnote 1 dieser Seite) bezeichneten Urteil des BAG in Nr. 8 zu § 626 BGB Ausschlußfrist, Blatt 574 in AP 1077 H. 15-18.

Fall (wenn es in concreto an einer persönlichen Beziehung im Arbeitsverhältnis ausnahmsweise fehlt), ergänzende Vertragsauslegung¹⁾ dazu führen, daß trotz jener Vereinbarung auf die Kenntnis eines Vertreters, insbesondere eines Prokuristen abgestellt wird.

b. Die Kündigung nach § 104 BetrVG

Inhaber des Kündigungsrechts ist der Arbeitgeber auch in den Sonderfällen des § 104 BetrVG, wonach der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Entlassung oder Versetzung eines Arbeitnehmers verlangen kann, der durch gesetzwidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 enthaltenen Grundsätze (von Recht, Billigkeit und Gleichheit), den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört hat.

a.a. Die Adressaten von Verlangen
und Kündigung (Übergang zur
Sozialität)

Das Verlangen des Betriebsrats richtet sich allein gegen den Arbeitgeber, dessen Kündigungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer durch jenes Verlangen nicht erweitert wird.²⁾ Ob der Arbeitgeber dem Verlangen nachgibt, hängt von seiner Entscheidung ab, über deren Richtigkeit auf Antrag des Betriebsrats das Arbeitsgericht

1) Vgl. Zit. BAG-Entscheidung vom 9.10.1975 in den Gründen in I. 2d.

2) Vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 104 Rz 8

im Beschlußverfahren wacht (§ 104 Satz 2 BetrVG). Dem Arbeitnehmer steht gegenüber der Kündigung des Arbeitgebers die Schutzklage vor dem Arbeitsgericht als Prozeßgericht wie auch sonst nach § 1 KSchG zu. Bereits hier zeigt sich ein Zusammenspiel von gesellschaftlichen und staatlichen Gestaltungskräften.

b.b. Das systematische Verhältnis
von § 104 zu § 23 BetrVG

Fraglich kann sein, ob § 104 BetrVG auch dann gilt, wenn einem Arbeitnehmer, der zugleich Betriebsratsmitglied ist, von seinen Kollegen gesetzeswidriges oder friedenstörendes Verhalten¹⁾ im Sinne von § 104 BetrVG vorgeworfen wird. Auf der einen Seite kann es als bedenklich erscheinen, wenn der Betriebsrat in seiner Mehrheit sich gegen ein Mitglied, also einen den anderen besonders nahestehenden oder nahestehenden Arbeitskollegen wenden soll. Auch könnte man der Ansicht sein, daß zum Vorgehen gegen ein Betriebsratsmitglied wegen Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten § 23 BetrVG genügt und daher als Spezialvorschrift dem § 104 BetrVG vorgeht. Richtig ist sicher, daß der Betriebsrat den Weg des § 23 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wählen und gegebenenfalls den Ausschluß eines Mitgliedes aus dem Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen kann, womit dann, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr Betriebsratsmitglied ist, die Möglichkeit, nach § 104 BetrVG die Entlassung oder Versetzung des Arbeit-

1) Vgl. Wächter, Die Entlassung eines Arbeitnehmers wegen Störung des Betriebsfriedens gem. § 66 Abs. 4 BetrVG (52), B1StSozArbR 1954, S. 13; ders., Entlassung wegen Störung des Betriebsfriedens infolge unsozialen Verhaltens, DB 1961, S. 135

nehmers zu beantragen, dem Betriebsrat zweifelsfrei geöffnet ist. Wenn nun also die in §§ 23 und 104 BetrVG vorgesehenen Mittel zur Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer dem Betriebsrat nacheinander zur Verfügung stehen, erweisen sich vom Gesetz her die oben angedeuteten Bedenken gegen einen internen "Kampf" im Betriebsrat als nicht durchschlagend. Es erscheint daher als zulässig, daß der Betriebsrat, wenn der bloße Amtsausschluß eines Betriebsratsmitgliedes auf Grund von § 23 Abs. 1 BetrVG nicht ausreicht, um den Betriebsfrieden zu erhalten, der Betriebsrat nicht nur nebeneinander die Mittel des § 23 Abs. 1 gemäß Satz 2 daselbst und des § 104, sondern sofort das des § 104 BetrVG ergreifen und die Entlassung oder Versetzung des im Betriebsratsamt befindlichen Arbeitnehmers verlangen, erforderlichenfalls auch mit Hilfe des Arbeitsgerichts - stets unter den Voraussetzungen von § 104 Satz 1 - gemäß den Sätzen 2 und 3 daselbst erzwingen kann.

§ 104 BetrVG findet also m.E. auf Arbeitnehmer, auch wenn sie Betriebsratsmitglieder sind, unmittelbare Anwendung.

2. Der Beschäftigungsanspruch nach der Kündigung

Außer dem Kündigungsrecht gehört zum Individualverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Problematik des sog. Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers. Dieser Anspruch gründet sich im Ruhezuge

stand des Arbeitsverhältnisses auf dessen durch Art. 1 GG geprägten Inhalt¹⁾, aus welchem folgt, daß der arbeitende Mensch nicht nur "bezahlt" sein will und soll, sondern auch im Arbeitsverhältnis den Sinn eines sozialen Daseins suchen darf. Schwierigkeiten bereitet gleichwohl die Frage, wie sich der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers zur Kündigung des Arbeitgebers während des Laufs eines vom Arbeitnehmer angestrebten Kündigungsschutzprozesses verhält. Hier stoßen die Individualinteressen der beiden Beteiligten hart zusammen.

Das Interesse des Arbeitgebers, einen Arbeitnehmer, gegenüber dem er einen wichtigen Grund zur Kündigung erkannt oder gefunden zu haben glaubt, sofort aus dem Betrieb zu entfernen, hängt mit der Unzumutbarkeit als rechtlicher Voraussetzung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zusammen. Was auf die Dauer unzumutbar ist, kann einem Vertragspartner auch nicht zeitweise zugemutet werden.²⁾ So will der Arbeitgeber den Buchhalter, den er der Fälschungen und Unterschlagungen überführt zu haben glaubt, den Kraftfahrer, den er im geschlechtsvertraulichen Umgang mit seiner, des Arbeitgebers, Ehefrau ertappt hat, ab sofort nicht im Büro oder Hause sehen. Andererseits hat der Arbeitnehmer ein geradezu existenzielles Interesse an der Erhaltung

1) Vgl. BVerfG v. 18.12.1953 in NJW 1954, S. 65, BAG vom 10.11.1955 in BAGE Bd. 2, S. 221 ff.; weitere Zusammenstellungen der Rechtsprechung zum Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers in NJW 1979, S. 1693 FN 1-7

2) Schlochauer, Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG 1972, in RdA 1973, S. 157 ff.

seines Arbeitsplatzes allgemein und in gesteigertem Maße in Zeiten starker Arbeitslosigkeit. Zudem ist der Arbeitnehmer mit seiner Arbeit in zahlreichen Berufen so verbunden, daß er ohne die ständige Arbeit nicht Arbeitnehmer bleibt; der Sänger, der nicht singt, der Chirurg, der nicht operiert, verliert nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern sein volles Leistungsvermögen und damit seine - mindestens bisherige - Daseinsform. Denn beschäftigen bedeutet, jemandem Arbeit geben.¹⁾ Beschäftigung heißt Tätigkeit²⁾ oder Arbeit³⁾. Selbst wenn der Arbeitnehmer Lohn in Empfang nimmt und nicht arbeiten darf, ist er nicht beschäftigt.

Angesichts derartiger faktischer Möglichkeiten, die sich nach der einen wie der anderen Seite beliebig vermehren lassen, liegt es nahe, zwischen schweren (tiefgreifenden) und minder schweren (zwar wichtigen, aber nicht die gesamte Existenz bedrohenden) Gründen zu unterscheiden und hiernach die Geltung des Beschäftigungsanspruchs während des Laufs des Kündigungsprozesses zu beurteilen. So hat das Bundesarbeitsgericht einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Schwebens des Kündigungsprozesses⁴⁾ bejaht, wenn die Kündigung "offensichtlich unwirksam", z.B., bei Nichtanhörung des Betriebsrats gemäß § 103 BetrVG, oder "offenbar rechtsmißbräuchlich" oder "willkürlich" ist.

1) Vgl. Klappenbach-Steinitz, Wörterbuch der Deutschen Gegenwartssprache, Berlin 1972, Bd. 1, S. 536

2) Vgl. ebenda, S. 537

3) Heyne, Deutsches Wörterbuch, Hildesheim-New York 1970, Bd. 1, S. 371

4) Urteil v. 26. Mai 1977 in NJW 1978, S. 239 ff. Nr. 4

Grundsätzlich hat jedoch das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung, wie auch schon früher¹⁾, bei Fristkündigungen nach Ablauf der Kündigungsfrist, den Weiterbeschäftigungsanspruch²⁾ des Arbeitnehmers während des Kündigungsprozesses verneint, mit der Begründung, die in § 102 Abs. 5 für einen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach Widerspruch des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung getroffene Regelung sei spezieller Art und könne daher nicht auf andere Fälle analog angewandt werden.

Umgekehrt hat das Bundesarbeitsgericht aber auch den § 102 Abs. 5 BetrVG zu keinem *argumentum e contrario* verwendet und nicht ausnahmslos den Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Schwebens des Kündigungsschutzprozesses abgelehnt, wenn die Voraussetzungen des § 102 Abs. 5 für eine Weiterbeschäftigung nicht zutrafen (wie sich oben bei den materiellrechtlichen Ausnahmen "offensichtlich unwirksam", "offenbar mißbräuchlich" oder "willkürlich" zeigte). In der Tat ist es zweifelhaft, ob in § 102 Abs. 5 BetrVG eine "grundsätzliche gesetzgeberische Wertentscheidung gegen einen Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsrechtsstreites gesehen werden kann"³⁾

1) Urteil v. 19. August 1976 in NJW 1977, S.215

2) Zur Weiterbeschäftigung s. auch Fuchs, Zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 5 BetrVG, AuR 1973, S. 174

3) Vgl. Hans-Ulrich Bächle, "Der Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsschutzprozesses" in NJW 1979, S. 1693 ff., hier 1694 bei Ziff. 23 mit weiterem Schrifttum in Anm. 23.

Die Entstehung der Vorschrift spricht dagegen. Denn wie Bächle¹⁾ nachweist, "fand § 102 Abs. 5 erst im Laufe der Ausschlußberatungen Aufnahme in den Gesetzentwurf." Bei der Grundkonzeption des Gesetzes und dessen Rechtsinterpretation spielte die Vorschrift also keine Rolle. Dem entspricht der mit ihrer Einfügung verfolgte "rechtspolitische Zweck", der "in einer partiellen Verstärkung des Bestandsschutzes der Arbeitsverhältnisse zu sehen" ist.²⁾ Auch Wolfgang Grunsky nimmt in seiner Abhandlung über den "Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung"³⁾ an, daß § 102 Abs. 5 BetrVG keine einschränkende Bedeutung für darin nicht geregelte Fälle hat. Überzeugend führt er aus, daß die Vorschrift nicht darauf ziele, "den einzelnen Arbeitnehmer unter eine Art Vormundschaft des Betriebsrats zu stellen", ein Beschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers unter "engeren Voraussetzungen als im Fall des § 102 Abs. 5 BetrVG" werde "durch eben diese Vorschrift nicht beschnitten".

Auch angesichts der besonderen Entstehung und eingeschränkten Bedeutung ist daher § 102 Abs. 5 BetrVG weder zu einer Analogie noch einer Entgegensetzung zu verwenden. Dies ist auch für eine Kündigung aus wichtigem Grunde nach § 626 BGB nicht möglich. Bei

1) a.a.O., S. 1694 bei Ziff. 24.

2) Im Anschluß an Bächle auf S. 1694.

3) Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmer auf Beschäftigung, NJW 1979, S. 86 ff. (insbes. S. 87)

einer solchen Kündigung wäre es überdies, weil sie in Voraussetzungen und Wirkung völlig anders geartet ist als die in § 102 Abs. 5 BetrVG allein geregelte Frist-Kündigung, nicht zulässig, positive oder negative Schlüsse aus § 102 Abs. 5 BetrVG zu ziehen. Dasselbe gilt für die Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied nach § 103 BetrVG. Zwar ist hier vorausgesetzt und damit klargestellt, daß der Betriebsrat bei Zustimmung mit der Kündigung einverstanden ist. Es braucht also die Auffassung des Betriebsrats nicht erst wie in § 102 Abs. 5 BetrVG eingeholt zu werden. Gleichwohl kann auch für den besonderen Fall der fristlosen Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied aus der für sich allein stehenden Vorschrift des § 102 Abs. 5 BetrVG kein Schluß auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Beschäftigungsanspruchs während des Kündigungsschutzprozesses gezogen werden. Daher ist Bächle insofern beizutreten, als er den "Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze über die Beschäftigungspflicht" fordert. Er stellt zwar nicht auf die "Wahrscheinlichkeit des Obsiegens in der Hauptsache" ab¹⁾, sondern - insofern übereinstimmend mit Grunsky²⁾ - auf eine Interessenabwägung zwischen den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbelangen.

Beim Arbeitgeber sieht Bächle "erhebliche Risiken", "wenn er zur Weiterführung verpflichtet wird, letztlich aber den Kündigungsschutzstreit gewinnt", wobei

1) Wie teilweise Grunsky, a.a.O., S. 88, für die von ihm als "Ansatzpunkt einer Lösung" gewählte einstweilige Verfügung.

2) Grunsky, a.a.O., S. 89.

er - ohne nähere Erläuterung - unterscheiden will, "je nach dem, ob es sich um eine betriebsbedingte, verhaltensbedingte Kündigung oder gar um eine anzeigepflichtige Entlassung handelt". Er meint, es sei "dem BAG darin beizutreten, daß die allgemeine Anerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs die geltende Kündigungsschutzrechtsordnung in einem erheblichen Ausmaß grundlegend umgestalten würde", womit sogar "die Grenzen überschritten" würden, "die der rechtsprechenden Gewalt im Rahmen der Rechtsfortbildung gezogen" seien. Hierbei wird die andere Seite übersehen, nämlich nicht beachtet, wie sich die Ablehnung eines Beschäftigungsanspruchs im Kündigungsprozeß auf den Arbeitnehmer und auf das Kündigungsschutzrecht auswirken würde. Das Kündigungsschutzrecht könnte zur Farce werden, jeder mißliebige Arbeitnehmer könnte fristlos aus dem Betrieb entfernt werden. Das Rezept ist einfach: Dem Arbeitnehmer wird fristlos mit irgendeiner Behauptung gekündigt, der gegenüber nicht nachweisbar ist, daß sie völlig abwegig ist. Die Kündigung wird zwar vom Arbeitsgericht für unbegründet erklärt, indem das Gericht feststellt, daß das Arbeitsverhältnis weiter besteht. Der Arbeitgeber geht jedoch in die Berufung, verliert wieder, versucht (und erreicht gelegentlich vielleicht auch) die Zulassung der Revision und zieht jedenfalls auf alle nur denkbare Weise, einschließlich Vertagungsanträgen, den Prozeß jahrelang hin. Es gibt kaum einen Arbeitnehmer irgend einer Gruppe, der das durchhält. Er sucht sich eine neue Stellung, und selbst dann, wenn er frühere Arbeitgeber nach rechtskräftiger Entscheidung über den Fortbestand des alten Arbeitsverhältnisses die Vergütung nachzahlen müßte, kann er den Zwischenverdienst des Arbeitnehmers gemäß § 615 Satz 2 BGB in

Abzug bringen. Das Kündigungsschutzgesetz hat somit ohne die Fortdauer des Beschäftigungsanspruchs während des Prozesses in der Wirklichkeit des Arbeitslebens keine Schutzkraft.¹⁾

Diese Behauptung wird zwar von Bächle²⁾ etwas dadurch gemildert, daß er auf der Seite der Arbeitnehmer "besondere Beschäftigungsinteressen von Arbeitnehmern" anerkennt, "deren Negierung diesen unersetzliche Nachteile bringen würde", z.B. Berufspiloten, Bühnenkünstlern, Ärzten. Auch demgegenüber, weil allgemein im Rahmen der Interessenabwägung, erkennt Bächle aber ein "Nichtbeschäftigungsinteresse des Arbeitgebers" an. Es soll z.B. gegenüber einem Berufspiloten, "dann anzunehmen sein, wenn ihm gekündigt worden ist, weil er die Lizenz für ein bestimmtes Flugzeugmuster verloren hat, andere Flugzeugmuster jedoch von anderen Piloten besetzt sind". In obigem Beispiel entfällt der Beschäftigungsanspruch schon deswegen, weil die Erfüllung dem Arbeitnehmer unmöglich geworden ist (§§ 275, 323 BGB). Das "Interesse" ist hier in der Unmöglichkeitstheorie lokalisiert und daselbst in der Rechtskonstruktion erfaßt und geordnet.

1) Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., München 1972, S. 94 Anm. 147, ders. BlStSozArbR 1972, S. 51 ff., Brede, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Lichte des neuen Betriebsverfassungsgesetzes, in BlStSozArbR 1973, S. 17 ff., die davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer, der unter Umständen schon Kündigungsschutzklage erhoben hat, auf den vorläufigen Bestandschutz seines Arbeitsplatzes vertrauen kann.

2) a.a.O., S. 1697.

Angesichts der Meinungsverschiedenheiten, die bis hinein in die Problematik grundsätzlicher Rechtserfassung und -auslegung von gesetzesbezogener Konstruktionsjurisprudenz bis zur Interessenjurisprudenz reichen, nimmt es nicht wunder, daß sich der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts entschlossen hat, die entscheidenden Fragen über den Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers auch während des Kündigungsprozesses auf Grund von § 45 Abs. 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichtes vorzulegen. Der Vorlagebeschluß lautet:¹⁾

Nach § 45 II ArbGG werden wegen grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat des BAG folgende Fragen zur Entscheidung vorgelegt:

1. Besteht außerhalb der Regelung des § 102 V BetrVG allgemein ein Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses über den Ablauf der Kündigungsfrist oder im Falle der fristlosen Kündigung über den Zeitpunkt des Kündigungszugangs hinaus?

2. Falls die Frage zu 1) bejaht wird:

a) Kann der Beschäftigungsanspruch im Klagewege verfolgt werden oder ist nur das Verfahren der einstweiligen Verfügung gegeben?

b) Ist einer Klage auf Beschäftigung bereits dann stattzugeben, wenn ein Gericht für Arbeitssachen die Kündigung für unwirksam hält?

¹⁾ Vom 18.1.1979 - 2 AZRG 662/76 (Hamburg) - vgl. NJW 1979, S. 1728.

3. Falls die Frage zu 1) verneint wird:
Besteht der in Frage 1) umschriebene
Beschäftigungsanspruch eingeschränkt unter
den Voraussetzungen,

a) daß die Kündigung offensichtlich
rechtsunwirksam oder offenbar rechtsmiß-
bräuchlich oder willkürlich ist, oder

b) daß der Arbeitnehmer ein besonderes
Interesse an der Beschäftigung hat?

Da der Vorlagebeschluß des 1. Senats des Bundesar-
beitsgerichts aus dem Januar 1979 stammt, ist mit
der Entscheidung des Großen Senats demnächst zu rech-
nen. Ihr wird in der Arbeitswelt mit Spannung entgegen-
gesehen.

Trotzdem soll hier eine eigene Lösung versucht wer-
den. Sie bietet sich von dem hier vertretenen So-
zialitätsgedanken einer Dreigliederung von Indivi-
duum, Gesellschaft und Staat in der Ordnung des Sub-
sidiaritätsprinzips wie folgt an:

Im Individualbereich zeigten sich die Interessen der
beiden Beteiligten (Arbeitgeber und Arbeitnehmer)
so mannigfach verschieden, daß hieraus keine ein-
deutige Lösung zu gewinnen war, wie ganz besonders
auch die Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen
Versuchen von Grunsky und Bächle zeigte.

Der Vergleich der Interessen führt also zu keiner
allseitig befriedigenden Interessenabwägung und damit
keinem Interessenausgleich. Wie auf der ersten Stufe
der Sozialität, im Individualbereich, läßt sich auch

auf der zweiten Stufe, der gesellschaftlichen Ebene, keine Antwort finden, da § 102 Abs. 5 BetrVG weder positiv noch negativ über seinen Wortlaut hinaus eine Lösung ergibt und außerdem bei einer Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied das Betriebsratskollegium mit seiner nach § 103 BetrVG erforderlichen und vorausgesetzten Zustimmung auf der anderen Seite steht und daher von Gesetzes wegen nicht ausgleichsfähig ist. So bleibt nur übrig, die Subsidiarität des Staates in Anspruch zu nehmen, mithin die dritte Stufe der Sozialität zu betreten. Dies hat in folgender Weise zu geschehen:

3. Die Kündigung nach § 103 BetrVG

Ist eine Kündigung aus wichtigem Grunde gegenüber einem Betriebsratsmitglied ausgesprochen und hat dieser Arbeitnehmer in der vorgeschriebenen Frist von drei Wochen Kündigungsschutzklage nach § 13 Abs. 1, § 4 des Kündigungsschutzgesetzes erhoben, so hat diese Klage keine aufschiebende Wirkung. Für einige Zeit muß also der Kündigungsempfänger auf Verlangen des Arbeitsgerichts hinnehmen, daß er nicht arbeiten soll. Da jedoch Kündigungsschutzklagen vom Arbeitsgericht vorzugsweise¹⁾ rasch zu behandeln sind, braucht der Kündigungsempfänger nicht allzu lange bis zur erstinstanzlichen Entscheidung zu warten. Lautet diese auf

¹⁾ Vgl. § 9 Abs. 1 ArbGG.

Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so liegt darin zugleich die Feststellung, daß kein Grund vorhanden ist, aus welchem die Beschäftigung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber unzumutbar wäre. Über die Grenzen der Zumutbarkeit und andere Fragen mag man sich in den weiteren arbeitsgerichtlichen Instanzen streiten. Bereits aus der erstinstanzlichen Feststellung unter Ablehnung eines wichtigen Grundes (§ 626 BGB)¹⁾ folgt aber, daß kein besonders schwerer Fall evident vorliegt; sonst hätte ihn der Arbeitsrichter bemerkt. Nur besonders schwere Fälle könnten es jedoch rechtfertigen, die Interessen des Arbeitnehmers an der Betätigung seiner Arbeitskraft dem Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers hintanzusetzen.

Hinzu kommt folgendes:

Wenn das erstinstanzliche Gericht feststellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung seitens des Arbeitgebers nicht aufgelöst ist, so ist das Gericht selbst aus Gründen der Konsequenz²⁾ gehalten, dem Arbeitnehmer den Beschäftigungsanspruch auf Antrag oder ergänzender Klage, notfalls durch einstweilige Verfügung auf diesbezüglichen Antrag, zuzubilligen. Das

1) Etzel, Der besondere Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder und andere Arbeitnehmer, die Aufgaben der Betriebsverfassung wahrnehmen, B1StSozArBR S. 86 ff. (88).

2) BGH Urteil v. 26.9.1960, NJW 1960 S. 2334 Nr. 3.

Arbeitsgericht darf nicht etwa warten, wie die nächste Instanz über die Rechtmäßigkeit der Kündigung entscheidet. Der Grundsatz der Konsequenz stellt also im staatlichen Bereich bei Obsiegen des Arbeitnehmers vor dem Arbeitsgericht schon im ersten Rechtszuge den Ausgleich zwischen den konkurrierenden Interessen an Beschäftigung und Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers auch formalrechtlich her (neben der oben erörterten materialen Einsicht in Erträglichkeit oder Unerträglichkeit der Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses). Von der Weiterbeschäftigung in der Vertragsarbeit ist die Fortdauer des Betriebsratsamtes während des Arbeitsrechtsstreits des gekündigten Arbeitnehmers, der zugleich Betriebsratsmitglied ist, zu unterscheiden. Hier stehen allein seine gesellschaftlichen Funktionen in Frage. Diese sind zwar vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses abhängig, nach § 24 Abs. 1 Nr. 3 erlischt die Mitgliedschaft im Betriebsrat u.a. durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ob das Ende nach einer Kündigung eintritt, bleibt aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Schwebe. Für die Zwischenzeit ist § 25 Abs. 1 BetrVG maßgebend. Dasselbst ist bestimmt: "Scheidet ein Mitglied des Betriebsrates aus, so rückt ein Ersatzmitglied nach. Dies gilt entsprechend für die Stellvertretung eines zeitweilig verhinderten Mitglieds des Betriebsrats."

Hier ist ein Fall von Satz 2 des § 25 Abs. 1 gegeben, wenn einem Betriebsratsmitglied gekündigt worden ist. Denn mindestens bis zur erstinstanzlichen Entscheidung,

welche das Arbeitsverhältnis trotz Kündigung als fortbestehend erklärt, ist der Beschäftigungsanspruch in der Schwebe, ein Zustand, der auch durch eine einstweilige Verfügung entsprechend deren Wesen als einer vorläufigen Entscheidung nicht beseitigt wird. Abgesehen hiervon bleibt die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet worden ist, bis zur Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozeß in der Schwebe. Während das Arbeitsgericht aus Gründen der Konsequenz den Beschäftigungsanspruch - gleich in welcher Instanz - zubilligen muß, wenn es die Kündigung für unbegründet hält, erstreckt sich das Urteil nicht bis auf das Betriebsratsamt, dessen Fortdauer im Schwebezustand des Arbeitsverhältnisses vielmehr eigenen Gesetzen unterliegt. Auch in einem durch eine Kündigung herbeigeführten Schwebezustand ist eine zeitweilige Verhinderung des Betriebsratsmitglieds nach § 25 Satz 2 BetrVG zu sehen.¹⁾

Dies folgt auch aus dem Sinnzusammenhang von § 15 Abs. 1 KSchG, §§ 103 Abs. 1 und 25 Satz 2 BetrVG. Die Zusammenarbeit im Betriebsrat mit einem Mitglied, dem vom Arbeitgeber mit Zustimmung des Betriebsrates gekündigt worden ist, wäre während des Schwebens eines hiergegen gerichteten Schutzprozesses beeinträchtigt,

1) Schuldt, Die Ersatzmitglieder im Betriebsrat, AuR 1960, S. 227 ff.; Niethammer, die Rechtsstellung fristlos entlassener Betriebsratsmitglieder und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Kündigungsschutzstreites, in BB 1958, S. 1247.

wenn nicht unerträglich oder unmöglich.

Es muß also während des Schwebezustandes gemäß § 25 BetrVG ein Ersatzmitglied einrücken.¹⁾

II. Schutz im sozialrechtlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers

1. Die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG

Sind hiernach Aktivlegitimationen und Initiativrecht zur Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern klar gestellt, so sind nunmehr die sozialrechtlichen Voraussetzungen für die Kündigungserklärung zu untersuchen. Diese sozialrechtlichen Voraussetzungen²⁾ sind betriebsverfassungs- und hierbei speziell verfahrensrechtlicher Art. Man kann geradezu von seinem Kündigungsverfahren als Fall eines Betriebsverwaltungsverfahrens sprechen. Die Brücke zu den betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrensvoraussetzungen für die Kündigung schlägt § 15 Abs. 1 KSchG selbst, indem er ausdrücklich auf § 103 BetrVG verweist.

a. Zustimmungserfordernis nach § 103 BetrVG

Diese Verweisung auf die genannte Vorschrift läßt jedoch eine Zweifelsfrage entstehen: Gilt nur § 103 BetrVG

1) Neumann-Duesberg, a.a.O., 22. Kap. X, S. 260

2) s.o. 1. Kapitel

im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich für das Kündigungsverfahren, also (argumentum e contratio) § 102 BetrVG (weil nicht in § 15 KSchG mitgenannt) nicht? Ist infolgedessen bei der Kündigung des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied ist, "nur" die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG, nicht aber dessen vorherige Anhörung nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderlich?

b. § 15 KSchG

Die Frage ist wie folgt zu beantworten: Auch nach § 15 Abs. 1 KSchG berechtigen den Arbeitgeber bestimmte "Tatsachen" "zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist" nur dann, wenn der Arbeitgeber für diesen ersten Teil der Voraussetzungen eines außerordentlichen Kündigungsrechts das hierfür vorgeschriebene Verfahren eingehalten hat.¹⁾ Der zweite Teil der Voraussetzungen in § 15 Abs. 1 KSchG, das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats, schließt also die - selbstverständlich einzuhaltenden - materiellen und formellen Bedingungen für den ersten Teil der Voraussetzungen des außerordentlichen Kündigungsrechts nicht aus, sondern fügt zu den zuerst genannten Voraussetzungen weitere hinzu.

Aus § 15 Abs. 1 KSchG kann also zu keinem argumentum e contrario gegen die Anwendung des im zweiten Teil der Kündigungsvoraussetzungen nicht genannten § 102 BetrVG führen.

1) Ebenso Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. 1974, § 15 KSchG Rz 9, daß sich § 15 KSchG mit dem des § 103 BetrVG deckt.

Für die materielle Wirksamkeit der Kündigung ist die Erfüllung der Voraussetzungen von § 626 BGB für eine Kündigung aus wichtigem Grund erforderlich.

Für die formelle Wirksamkeit (so ausdrücklich § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, wonach eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist), ist die Anhörung des Betriebsrats notwendig.

Daß sich § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG selbst auch auf außerordentliche Kündigungen bezieht, geht - abgesehen von dem in Satz 1 zu Kündigung betonend hinzugefügten Wort "jeder" - schließlich schon bei wörtlicher Auslegung der Vorschriften aus der die außerordentliche Kündigung betreffenden Regelung des § 102 Abs. 2 Satz 3 hervor.

c. Ergebnis

Abgesehen von dem Wortlaut der erörterten Vorschriften trifft das gefundene Ergebnis auch bei systematischer Auslegung zu: § 103 BetrVG ist nicht lex specialis zu § 15 Abs. 1 KSchG mit § 103 BetrVG. Zwar läßt sich die Ansicht vertreten, der Betriebsrat könne bei der Beschlußfassung über seine Zustimmung nach § 103 BetrVG genügend zu Wort kommen, so daß die Anhörung nach § 102 BetrVG in der Zustimmung nach § 103 BetrVG gut aufgehoben und durch die Zustimmung aufgehoben, also nicht geltend ist. Eine derartige Argumentation würde jedoch die Bedeutung der in § 102 Abs. 1 BetrVG vor-

geschriebenen Anhörung verkennen. Sie verlangt Erörterung der Kündigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung. Demgegenüber ist es durchaus möglich, daß die Zustimmung, auch die nach § 103 Abs. 1 BetrVG, ein von dem Kündigungsent-schluß getrennter Akt ist. Zwar hört der um Zustimmung gebetene Betriebsrat die Argumente des Arbeitgebers. Ohne § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitgeber aber rechtens nicht verpflichtet, den Betriebsrat vor der Kündigung zu hören. Zum Austausch der Argumente und Erwägung ist also auch die Zustimmungserfordernis nach § 103 Abs. 1 BetrVG die vorherige Anhörung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber nach § 102 BetrVG erforderlich.¹⁾ Erfolgt diese Anhörung nicht, so ist die Kündigung nach der ausdrücklichen (gegenüber den im Anschluß an seinen Vorgänger, den § 66 Abs. 1 BetrVG 1952, entstandenen Streitfragen klarstellenden) Vorschrift des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nichtig. Allerdings wird in der vor Ausspruch der Kündigung an den Betriebsrat ergehenden Aufforderung des Arbeitgebers, der von ihm beabsichtigten Kündigung zuzustimmen, regelmäßig zugleich eine Anhörung des Betriebsrats liegen. Ist jedoch der Betriebsrat ohne nähere Darlegung der Kündigungsgründe und ohne Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten zu haben, vom Arbeitgeber um Zustimmung angegangen, so ist der Betriebsrat nicht im Sinne von § 102 Abs. 1 BetrVG gehört worden. Die Kündigung ist daher nichtig und die Zustimmung des Betriebsrats kann bei Ablehnung nicht nach § 103 Abs. 2 durch das Arbeitsgericht ersetzt werden.

¹⁾ Brede, a.a.O., 1973, S. 20

- d. Anhörung auch vor Kündigung nach
§ 15 Abs. 4 und 5 KSchG

Die Anhörung nach § 102 BetrVG ist ferner bei der mit einer Betriebsstillegung oder -einschränkung verbundenen ordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG notwendig. Auch eine solche Kündigung bei Massenentlassungen fällt unter den Begriff "jeder" Kündigung in § 102 Abs. 1 BetrVG.¹⁾

2. Die Erweiterung des Rates zur Mitbestimmung (Zustimmung) nach § 15 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 103 BetrVG nebst staatlichem Zustimmungersatz

In den sozialrechtlichen Beschränkungen des Kündigungsrechts des Arbeitgebers ist die bisher erörterte Beteiligung des Betriebsrats durch das zwingend vorgeschriebene Erfordernis der Rateinholung, deren Unterlassung die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hat, insofern selbst von beschränkter Bedeutung, als der Arbeitgeber nach korrekter Anhörung des Betriebsrats in seiner Entscheidung über die Kündigung frei ist. Diese Beschränkung der Kündigungsschranke fällt bei der Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern weg. Eine solche Kündigung bedarf nach § 15 Abs. 1 KSchG in Verbindung mit § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.²⁾

1) Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 4; Steger-Weinspach, a.a.O., 3. 1663, 211; LAG Hamm, Urteil v. 21.7.1975, DB 1975, S. 1899.

2) Vgl. Thiele, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 267 ff.

Diese Vorschrift hat zu einer Fülle von Zweifelsfragen Anlaß gegeben, die nun zu erörtern sind.

a. Der Begriff der Zustimmung

Während in dem - auch bei der Kündigung gegenüber Betriebsratsmitgliedern geltenden - § 102 Abs. 1 BetrVG klargestellt ist, daß die Anhörung des Betriebsrats vor dem Ausspruch der Kündigung erfolgen muß, fehlt es für die nunmehr zu erörternde Zustimmung nach § 103 Abs. 1 BetrVG an einer Festlegung des Zeitpunktes im Betriebsverfassungsgesetz.

a.a. Der bürgerlichrechtliche
Begriff der Zustimmung

Der Begriff der Zustimmung ist in § 182 ff. BGB durch Klammerdefinitionen erläutert. Hiernach enthält der Begriff "Zustimmung" zunächst die vorherige Zustimmung (= Einwilligung, vgl. § 184 Abs. 1 BGB). Sicherlich genügt es daher, wenn die Zustimmung des Betriebsrats vor oder im Augenblick des Zugangs der Kündigungserklärung, mithin die Einwilligung des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer abgegeben wird (vgl. § 182 Abs. 2 BGB), wobei nur § 182 Abs. 3 in Verbindung mit § 111 Satz 2 und 3 BGB zu beachten ist. Der Begriff der Zustimmung umfaßt im bürgerlichen Recht aber auch die nach Vornahme des initiierenden Aktes erteilte Billigung eines anderen, also die Genehmigung.¹⁾ Hiernach würde auch die nachträgliche

¹⁾ Vgl. Thiele, a.a.O. S. 267

Zustimmung, also die Genehmigung des Betriebsrats, zur Kündigung des Arbeitgebers genügen. Man könnte hierzu neigen, weil - abgesehen von der Übereinstimmung der Begriffsbildung bezüglich "Zustimmung" im bürgerlichen und Betriebsverfassungsrecht - die sich sonst offensichtlich sofort ergebenden Schwierigkeiten für die Fristwahrung nach § 626 Abs. 2 BGB vermieden würden. Dann käme es für diese nur darauf an, daß der Arbeitgeber zwei Wochen nach seiner Kenntniserlangung kündigt, die Betriebsratszustimmung könnte nachgebracht werden.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob die nach dem Zugang der Kündigung erklärte Zustimmung, mithin die Genehmigung, durch den Betriebsrat zur Wirksamkeit der Kündigung ausreicht. Bei Zulassung einer nachträglichen Zustimmung wäre die Wirksamkeit der Kündigung in der Schwebe. Eine solche schwebende Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung würde dem allgemeinen Rechtsbedürfnis nach eindeutiger Klarheit von Gestaltungsgeschäften zuwiderlaufen.¹⁾ Der Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interesse daran zu wissen, ob und gegebenenfalls wann sein Arbeitsverhältnis endet.

¹⁾ Vgl. Palandt, BGB 38. Aufl. München 1979, Überblick 3 d vor § 104.

b.b. Der betriebsverfassungsrechtliche Begriff der Zustimmung

Überdies ist zu beachten, daß die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung in § 102 BetrVG nicht wie im Fall einer dieses Zustimmungserfordernis einführenden Betriebsvereinbarung nach § 102 Abs. 6 BetrVG nur ein bürgerliches Rechtsgeschäft, sondern Teil eines zweiseitigen Betriebsverwaltungsaktes¹⁾ ist, der eigenen ihm immanenten Gesetzmäßigkeiten folgt. Diese beruhen auf der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat (vgl. § 2 Abs. 1 BetrVG), ein Prinzip, das Richtschnur auch für die Zustimmung nach § 103 BetrVG ist.

Hieraus folgt: Die Kündigungserklärung geht zwar allein vom Arbeitgeber aus. Vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat verlangt jedoch vom Arbeitgeber, den Betriebsrat vor einer bedeutsamen Maßnahme, wie es die Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ist, ins Vertrauen zu ziehen. Vor einer solchen Kündigung muß sich daher der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat verständigen. Diese Verständigung besteht in § 103 darin, daß der Arbeitgeber, bevor er kündigt, der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Danach muß die Zustimmung des Betriebsrats vor der Kündigung vorliegen. Dies ist auch

die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts in gefestigter Rechtsprechung: In mehreren Beschlüssen¹⁾ finden sich die Grundthesen:

Die in § 103 Abs. 1 BetrVG geforderte Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Arbeitgeberkündigung gegenüber den dort genannten besonders geschützten Personen, insbesondere gegenüber einem Betriebsratsmitglied, ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung. Sie muß ausnahmslos vor Ausspruch der Kündigung vorliegen. Gleiches gilt für die durch Gerichtsentscheidung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzte Zustimmung. Die nachträgliche, d.h. nach der Kündigungserklärung erteilte Zustimmung ist rechtlich bedeutungslos; zu einer bereits ausgesprochenen Kündigung kann der Arbeitgeber die Ersetzung der Zustimmung nicht beantragen.

Eine fast wörtliche Wiederholung findet sich in dem Beschluß vom 20. März 1975 (ohne näheres Eingehen auf den arbeitsgerichtlichen Zustimmungersatz) im Urteil vom 4. März 1976.²⁾

Diese apotiktischen Thesen des Bundesarbeitsgerichts schließen die Zustimmung des Betriebsrats in der Art einer Genehmigung nach § 184 BGB aus. In der Rechtspraxis genügt es daher nicht, wenn die Zustimmung des Betriebsrats zur Arbeitgeberkündigung erst nach deren

1) Beschluß v. 22.8.1974 - 2 ABR 17/74, 20.3.1975 - 2 ABR 111/74 und Urteil v. 4.3.1976 - 2 AZR 15/75

2) siehe Fußnote 1

Ausspruch erteilt wird.¹⁾

b. Der Zeitpunkt der Zustimmung.

Bei diesem Ergebnis mußte sich das Bundesarbeitsgericht mit der Frage auseinandersetzen, wie es bei dem Erfordernis vorheriger Zustimmung des Betriebsrats oder ihres Ersatzes durch das Arbeitsgericht praktisch möglich sein soll, die bei der Kündigung aus wichtigem Grunde auch im Falle von § 15 KSchG, § 103 BetrVG vom Kündigungsberechtigten zu beachtende Frist von zwei Wochen seit Kenntnis des Kündigungsgrundes einzuhalten.

Gegenüber dieser Frist zeigt sich das Bundesarbeitsgericht großzügig.

Dies gilt zunächst für die Zustimmung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung und damit für diesen Ausspruch selbst. Zwar zieht das Bundesarbeitsgericht die Frist des § 626 Abs. 2 BGB heran, obwohl die Vorschrift in § 15 KSchG nicht erwähnt ist, - (was das Gericht im Hinblick auf §§ 64 ff. SeemG und § 15 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Berufsausbildungsgesetzes erklärlich findet). Überdies läßt das Bundesarbeitsgericht ferner die Frist mit der Kenntnis des Arbeitgebers (nicht auch des Betriebsrats!) von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beginnen: Das Bundesarbeitsgericht verlangt

1) Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 8; Galperin-Löwisch, a.a.O., § 103 Rz 12; Gnade-Kehrmann-Schneider, a.a.O., § 103 Rz 5; Hueck, a.a.O., § 15 KSchG Rz 59; Richardi, a.a.O., ZfA Sonderheft 1972, S. 36; Urteile a.a.O., S. 82 oben und 25.3.1976 - 2 AZR 163/75 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 12 = BB 1976, S. 932 = DR 1976, S. 1337

aber nicht, daß die Zustimmung des Betriebsrats innerhalb von zwei Wochen, nachdem der Arbeitgeber von dem Kündigungsgrunde Kenntnis erlangt hatte, erteilt wird, sondern läßt es genügen, wenn der Arbeitgeber innerhalb der Frist von zwei Wochen nach seiner, des Arbeitgebers Kenntnis von den kündigungsmaßgebenden Tatsachen den Betriebsrat von seiner Kündigungsabsicht unterrichtet und dessen Zustimmung zur Kündigung "beantragt".

Das Bundesarbeitsgericht begründet dies vor allem mit dem Hinweis auf "die vergleichbare Regelung in § 18 Abs. 2 SchwG 1974" (wonach die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung gegenüber einem Schwerbehinderten bei der Hauptfürsorgeestelle "nur innerhalb von zwei Wochen" nach Kenntnis des Arbeitgebers von den kündigungsmaßgebenden Tatsachen beantragt werden kann, woraus umgekehrt folgt, daß die fristgerechte Stellung des Antrags zur Fristwahrung genügt).

Folgerichtig gilt dasselbe für die weitere Frage, ob die Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB beschlossen sein muß, damit der Arbeitgeber fristgerecht kündigen kann.¹⁾

1) Für erneuten Lauf der Zweiwochenfrist: Hueck, a.a.O., § 15 KSchG Rz 57; Weisemann, DB 1974, S. 2478; H.P. Müller, DB 1975, S. 1363; Otto, ZfA 1976, S. 404; a.A. BAG v. 24.4.1975 - 2 AZR 118/74 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 1975, S. 1014 = DB 1975, S. 1610; Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 12; Galperin-Löwisch, a.a.O., § 103 Rz 22 und 27; Stege-Weinspach, 3. 1662, S. 206.

Es fragt sich hier aber noch besonders, ob der Antrag auf Ersatzzustimmung beim Arbeitsgericht nach § 103 Abs. 1 BetrVG innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB faktisch überhaupt noch gestellt werden kann. Wie ist die Rechtslage, wenn der Betriebsrat sich mit seiner Entscheidung über die Zweiwochenfrist hinaus Zeit läßt (z. B. bei eigenen Ermittlungen auf Grund der Anhörung des betroffenen Arbeitnehmers nach § 102 Abs. 2 Satz 4 und 5 BetrVG)?

- Soll für einen solchen Fall der Arbeitgeber vorsorglich die Ersatzzustimmung beim Arbeitsgericht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB beantragen? Zweckmäßig ist es zur Sicherheit gewiß, aber muß er es tun, um einen Rechtsverlust zu vermeiden?

Diese Fragen und die Einsicht, daß dem Sinn des § 626 Abs. 2 nicht genügt wird, wenn keine Grenze für die Entschließung des Betriebsrats und die eventuelle Ersatzentscheidung gesetzt wird, haben zu mannigfachen Bemühungen um eine solche Grenze geführt. Bei der Suche nach einem Anhaltspunkt für die Lösung der Frage, wie sozialrechtliche, betriebsverfassungsrechtliche und arbeitsvertragliche Ordnung zu vereinbaren seien, könnte an § 626 Abs. 2 BGB und an § 102 Abs. 2 und 3 BetrVG 1973 gedacht werden.¹⁾

¹⁾ Vgl. Fitting-Auffarth, a.a.O., § 103 Rz 12

Was zunächst § 626 Abs. 2 BGB angeht, so kann die in § 626 Abs. 2 BGB normierte Ausschußfrist eher dahin ausgelegt werden, daß sie für den Betriebsrat erst von seiner Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen zu laufen beginnt, als daß der Betriebsrat im Hinblick auf § 626 Abs. 2 BGB veranlaßt werden könnte, sich innerhalb von 2 Wochen seit Kenntnis des Arbeitgebers von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen zu äußern.¹⁾

Weiter kann auch der für die Frist zur Erhebung der Kündigungswiderspruchsklage gegenüber außerordentlichen Kündigungen nicht geltende (siehe § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG!) Schlußsatz von § 4 KSchG keine Frist für die materiellrechtliche Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung zeitigen, selbst wenn man im Wege der Analogie die Zustimmung des Betriebsrats wie diejenige einer Behörde behandeln wollte.²⁾

Verbindet man schließlich das Prinzip vertrauensvoller Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 2 BetrVG) mit dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz der Klarheit in Arbeitsverhältnissen, so könnte sich ergeben: einerseits, daß der Betriebsrat sich baldmöglichst über seine Zustimmung oder deren Ablehnung nach § 102 BetrVG äußern muß, andererseits, daß es ausreicht, wenn der Betriebsrat sich erklärt, bevor die in der Kündigung bestimmte Frist für die Beendigung

1) Lepke, a.a.O., BB 1973, S.898

2) Fitting-Auffarth, a.a.O., § 103 Rz 13, 15

des Arbeitsverhältnisses abgelaufen ist.

Indessen scheitert die zuletzt genannte Ansicht nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts daran, daß diese Ansicht voraussetzt, es dürfe und könne der Arbeitgeber, um die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu wahren, zunächst allein kündigen und die Zustimmung des Betriebsrats als Genehmigung nach § 184 BGB nachholen. Obgleich nach dieser Auffassung dem Schutzzweck des § 626 Abs. 2 BGB insofern genügt ist, als der Arbeitnehmer von dem Kündigungs willen des Arbeitgebers beizeiten Kenntnis erhält, muß der oben wiedergegebenen richterlichen Einsicht gefolgt werden, daß zur wirksamen Kündigung in den Fällen des § 103 BetrVG alsbald die Zustimmung, praktisch also die Einwilligung des Betriebsrats in die Kündigung des Arbeitgebers gehört.

Für die Lösung des Zeitproblems bezüglich der Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung seitens des Arbeitgebers und damit für die Lösung des Konflikts zwischen Individualrecht (§ 626 BGB, § 15 KSchG) einerseits und Sozialrecht, hier dem Sozialitätsgrundsatz (§ 103 BetrVG), andererseits kommt daher nur noch eine Konstruktion mit Hilfe von § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG in Betracht. Diese Vorschrift steht nicht außerhalb des Regelungsbereichs der außerordentlichen Kündigung; um eine solche handelt es sich auch in den Fällen des § 103 BetrVG. Infolgedessen ist § 102 Abs. 2 Satz 3 - wie schon oben § 102 Abs. 1 KSchG - auch bei einer außerordentlichen Kündigung gegenüber den in § 103 genannten Funktionsträgern heranzuziehen. Die Verweisung in § 102 Abs. 7 BetrVG auf das Kündigungsschutzgebiet und § 8 des

Arbeitsförderungsgesetzes ändert hieran nichts, da die Verweisung nur eine zusätzliche oder bei Widerspruch vorgehende, aber keine ausschließliche Geltung der darin angeführten Vorschriften verlangt.

Wendet man daher § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG im Bereich des § 103 BetrVG an, so hat der Betriebsrat etwaige Bedenken gegen die seitens des Arbeitgebers gegenüber einem Betriebsratsmitglied ausgesprochene außerordentliche Kündigung unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 3 Tagen schriftlich mitzuteilen.

Nun findet sich vor dem soeben wiedergegebenen Satz 3 des Absatzes 2 von § 102 BetrVG der - sich an die Bedenken des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung anschließende - Satz 2 desselben Absatzes mit dem Inhalt: Wenn sich der Betriebsrat - auf die Mitteilung des Arbeitgebers von seiner Absicht einer ordentlichen Kündigung - innerhalb einer Woche nicht äußert, so gilt seine (des Betriebsrats) "Zustimmung zur Kündigung als erteilt". Dieser Satz ist in dem sich auf die außerordentliche Kündigung beziehenden Satz 3 des Absatzes 2 von § 102 nicht wiederholt. Den Satz 2 von § 102 Abs. 2 BetrVG auch auf Satz 3 zu beziehen, entspricht nicht der Stellung von Satz 2 im Kontext des Absatzes 2. Es wäre für den Gesetzgeber ein Leichtes und im Interesse der Klarheit der Vorschrift selbstverständlich, ja erforderlich gewesen, den Satz 2 hinter beide Sätze (1 und 3) zu stellen, wenn die Vorschrift des Satzes 2 für beide Sätze gelten sollte. Es hätte nicht einmal den Wortlaut von Satz 2 geändert zu werden

brauchen. Mindestens hätte in Satz 3 irgendeiner Form auf die Geltung des vorangegangenen Satzes oder seine entsprechende Anwendung hingewiesen werden müssen.

Abgesehen von der Stellung des Satzes 2 im Gefüge des Absatzes 2 von § 102 BetrVG geht es auch wegen der Verschiedenheit von ordentlicher und außerordentlicher Kündigung nicht an, eine für das Schweigen auf Mitteilung einer ordentlichen Kündigung angeordnete Fiktion der Zustimmung durch Auslegung oder Analogie auf das Schweigen nach Mitteilung einer außerordentlichen Kündigung auszudehnen.

Die rechtliche Situation ist in den Fällen der außerordentlichen Kündigung nach § 103 BetrVG anders als in den Fällen der ordentlichen Kündigung. Während § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG einen Fall regelt, in welchem der Betriebsrat auf einen geringen Einfluß beschränkt ist, gelangt der Betriebsrat in § 103 BetrVG zu einem hohen Grade von Rechtsmacht, nämlich gleichberechtigter Mitbestimmung. Man kann daher eine für jenen Einfluß gesetzte Frist nicht für die Grenzen der Mitbestimmung - auch nicht im Wege der Analogie - heranziehen. Vielmehr ist aus der Mitbestimmung des Betriebsrats entsprechend ihrer Verstärkung durch § 103 BetrVG herzuleiten, daß nur die positive Äußerung und nicht bloßes Schweigen eine Zustimmung zur Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied bedeutet.

Infolgedessen ist für Betriebsratsmitglieder gegenüber

dem § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ein Beweis vom Gegenteil (argumentum e contrario) angebracht: Weil das Gesetz die Regelung des Satzes 2 nicht für die außerordentliche Kündigung wiederholt, gilt bei dieser das Schweigen des Betriebsrats auf die Mitteilung von der Kündigungsabsicht nicht als Zustimmung, da der Gesetzgeber dort, wo bei Schweigen Zustimmung fingiert werden soll, dies ausdrücklich festlegt.¹⁾

Hierbei hilft auch terminologisch der Gesetzestext des § 102 BetrVG zu einer klaren Entscheidung. In dem bereits wiedergegebenen § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist von der Zustimmung zur Kündigung geschrieben. Es heißt in § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht: Äußert sich der Betriebsrat innerhalb der Frist nicht, so gelten die vom Betriebsrat erhobenen Bedenken als erledigt. Der Schluß lautet vielmehr: ... gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Wo die Rechtsfolge des Schweigens entgegengesetzt ist, darf es dennoch bei dem Terminus "Zustimmung" bleiben. Auch der Begriff, der "bei dem Worte ist", kann im Rahmen des § 102 BetrVG kein anderer sein als in § 103 BetrVG. Demgemäß gilt beim Schweigen auf die Mitteilung einer außerordentlichen Kündigung die Zustimmung auch im Sinne von § 103 Abs. 1 BetrVG als nicht erteilt, desgleichen im Sinne von § 103 Abs. 2 BetrVG als verweigert, wenn keine Äußerung auf die Mitteilung der Kündigungsabsicht binnen 3 Tagen erfolgt ist.

¹⁾ Dietz-Richardi, a.a.O., § 103 Rz 9; Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 12; Galberin-Löwisch, a.a.O. § 103 Rz 19; Stege-Weinspach, 3. 1662, S. 204; LAG Frankfurt v. 12.3.1976 - 4 Sa 549/75 - BB 1976, S. 1553 = DR 1977, S. 124.

Schließlich ist die unterschiedliche Behandlung des Schweigens zur ordentlichen und des Schweigens zur außerordentlichen Kündigung sinnvoll, da die außerordentliche Kündigung für die arbeitenden Menschen außergewöhnlich, oft nicht erwartet und existentiell schwieriger zu-bewältigen ist als eine ordentliche, also meist fristgemäße Kündigung.

Aus alledem folgt: Unterläßt es der Betriebsrat, nach Mitteilung von der Absicht des Arbeitgebers, einem Arbeitnehmer "außerordentlich" (also aus wichtigem Grunde) zu kündigen, dem Arbeitgeber begründete Bedenken binnen spätestens 3 Tagen mitzuteilen, so gilt die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung als abgelehnt.¹⁾

Ebenso nehmen das Landesarbeitsgericht Berlin²⁾ in seinem Urteil und das Landesarbeitsgericht Frankfurt³⁾ am Main an, daß das Schweigen des Betriebsrats auf die Aufforderung des Arbeitgebers, der beabsichtigten Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes zuzustimmen, als Verweigerung der Zustimmung gilt.

In der Begründung weicht das Landesarbeitsgericht Frankfurt zwar von der hier vertretenen Auffassung insofern

1) Brecht, a.a.O., § 103 Rz 4; Dietz-Richardi, a.a.O., § 103 Rz 9 m.w.N.; BAG v. 18.8.1977 - 2 ABR 19/77 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 20 = AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 1978, S. 43 = DB 1978, S. 109.

2) v. 1.10.1974 - 8 Sa 54/74 = BB 1975, S. 422

3) Urteil vom 12.3.1976 - 4 Sa 549/75 = BB 1977, S. 124

ab, als das Gericht den § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auch auf die Bedenken des Betriebsrats gegen eine außerordentliche Kündigung nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG anwendet. Das Landesarbeitsgericht bezeichnet die Regelung in § 103 BetrVG im Vergleich mit der des § 102 BetrVG ferner als aliud. Beim näher ausführenden Vergleich des wesentlichen Inhalts der beiden Vorschriften findet sich in dem Urteil der Satz: Ganz anders hat der Gesetzgeber dagegen die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds ausgestaltet".

Aber gerade aus diesem Gegensatz zieht das Landesarbeitsgericht Frankfurt die Folgerung: Während nach § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bei einer ordentlichen Kündigung die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt, wenn er innerhalb einer Woche nach Mitteilung von der Kündigung keine Bedenken dagegen äußert, gilt umgekehrt bei einer Kündigung nach § 103 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats als abgelehnt, wenn der Betriebsrat sich nicht binnen der in § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG vorgesehenen Frist von 3 Tagen äußert. Wörtlich führt das Landesarbeitsgericht aus, "Daß das Schweigen des vom Arbeitgeber um Zustimmung nach § 103 Abs. 2 BetrVG gebetenen Betriebsrats als Verweigerung der Zustimmung anzusehen ist, folgt schon aus dem nur von wenigen Ausnahmen durchbrochenen allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß derjenige, der im Rechtsverkehr schweigt, im Zweifel nicht zustimmt". Mit dem Landesarbeitsgericht Berlin a.a.O. ist das Landesarbeitsgericht Frankfurt der Meinung, daß "§ 102 Abs. 2 BetrVG die gesetzliche Unter-

stellung einer Zustimmung des Betriebsrats enthält, die auf die in § 102 Abs. 2 BetrVG normierten Tatbestände begrenzt ist. Eine entsprechende Anwendung auf § 103 BetrVG verbietet sich aus dem besonderen Schutzcharakter dieser Bestimmung, die den Arbeitgeber auf das Ersetzungsverfahren verweist, wenn eine Zustimmung zur Kündigung nach § 103 Abs. 1 BetrVG nicht vorliegt. Würde man das Schweigen des Betriebsrats hier als Zustimmung werten, würde ohne gesetzliche Stütze eine Willenserklärung des Betriebsrats unterstellt werden, die dieser tatsächlich nicht abgegeben hat. Damit wäre der starke Schutz der Betriebsratsmitglieder gegen außerordentliche Kündigungen, wie ihn § 103 BetrVG normiert, erheblich gemindert. Dies wäre mit dem gesetzgeberischen Willen, wie die Kammer ihn versteht, nicht zu vereinbaren".

Es fragt sich, wie weiter auf der Staatsebene zu verfahren ist, wobei es auch im Staatsbereich zunächst nur um die Fristwahrung geht.

Der nach § 103 Abs. 2 BetrVG dem Arbeitsgericht zustehende Zustimmungersatz ist in die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB einzureihen. Wie ist das möglich, da es praktisch bereits schwierig ist, in erster Instanz, und unmöglich ist, in der Rechtsbeschwerdeinstanz innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB eine Entscheidung im arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren zu erreichen?

Auf der staatlichen Ebene ist ebenfalls zwischen Antrag und Beschluß zu unterscheiden.

Ist innerhalb von drei Tagen nach der Mitteilung des Arbeitgebers von seinem Willen, einem Betriebsratsmitglied gemäß § 15 KSchG in Verbindung mit § 626 BGB zu kündigen, vom Betriebsrat die Zustimmung ausdrücklich abgelehnt oder ist bei seinem Schweigen die Zustimmung als nicht erteilt anzusehen, so hat der Arbeitgeber genügend Zeit, innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von den die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen das Arbeitsgericht um Ersatz der Zustimmung anzurufen. Diese Fristwahrung ist dem Arbeitgeber auch zuzumuten. Versäumt er die Frist, so verliert er sein Kündigungsrecht.¹⁾

Infolgedessen darf der Arbeitgeber die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zwar weitgehend ausschöpfen, um dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, sein Schweigen doch noch vor Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 so zeitig zu brechen, daß der Arbeitgeber noch in der Lage ist, innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB dem Arbeitnehmer die Kündigungserklärung zugehen zu lassen. Auf diese Rechtzeitigkeit muß aber bei noch so großer Rücksicht auf den Betriebspartner Betriebsrat mit größter Sorgfalt geachtet werden. Wenn der Betriebsrat innerhalb seiner drei Überlegungstage schweigt²⁾, so ist es daher dem Arbeitgeber nicht zu verdenken, die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat (§ 2 BetrVG) ist auch nicht gestört, wenn der Arbeitgeber praktisch nicht bis zum allerletzten Tage wartet. Andererseits wird es dem Betriebsrat vielfach nicht möglich sein, innerhalb von wenigen Tagen nach der Information durch den Arbeitgeber zusammenzutreten, sich zu beraten und zu entscheiden. Wird nun nach Ablauf der dreitägigen Frist

1) Weisemann, Neue Aspekte bei der außerordentlichen Kündigung, DB 1974, S. 2478

2) Hueck, a.a.O., § 15 KSchG Rz 49; Stege-Weinsoach, a.a.O., 3. 1962, S. 204

fingiert, der Betriebsrat habe die Zustimmung verweigert, dann kann der Fall eintreten, daß der Arbeitgeber, um die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu wahren, das Ersetzungsverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG einleitet, der Betriebsrat aber seinerseits zugleich oder kurz darauf - also möglicherweise noch innerhalb der für den Arbeitgeber laufenden Zweiwochenfrist - die Zustimmung erteilt. Hat das Arbeitsgericht zu diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden, so muß der Arbeitgeber sofort beantragen, die Sache für erledigt zu erklären¹⁾ und die Kosten den Betriebsräten als Gesamtschuldnern aufzuerlegen, da angesichts der nachgeholten Genehmigung anzunehmen ist, daß das Arbeitsgericht ohne die Erledigung die Genehmigung ersetzt hätte.

Da eine ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes (abgesehen von der Betriebsstillelegung) unzulässig und unwirksam ist, so ist die ohne Zustimmung des Betriebsrats und rechtzeitigen Antrag auf Zustimmungersatz ausgesprochene Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied schlechthin unwirksam. Diese Unwirksamkeit kann ohne Wahrung der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden.

Hat der Arbeitgeber innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB beim Arbeitsgericht beantragt, die Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG zu ersetzen, so kann es ihm nicht mehr zum Nachteil

1) BAG v. 8.12.1961 - 1 ARR 8/60 - AP Nr. 7 zu § 23 BetrVG 1952 = RR 1962, S. 220 = DR 1962, S. 306.

gereichen, wenn der Beschluß des Arbeitsgerichts innerhalb jener Zweiwochenfrist nicht ergeht oder nicht rechtskräftig wird. Der oben für das Angehen des Betriebsrats um Zustimmung herangezogene Rechtsgedanke des § 18 Abs. 2 SchwbG trifft für einen Antrag bei einem staatlichen Gericht mindestens ebenso zu wie für einen "Antrag" bei einem Träger sozialer Fürsorge.

Zudem kann die durch Gesetz (§ 103 Abs. 2 BetrVG) eingerichtete Hilfe des staatlichen Gerichts nicht an anderer Stelle durch Gesetz (§ 626 Abs. 2 BGB) gegenstandslos gemacht werden. Dies würde gegen die innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit, die konsequente Gestaltung staatlicher Gesetzgebung verstoßen. Überdies wäre das Subsidiaritätsprinzip, das sich hinter der Ersatzzuständigkeit des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG verbirgt, mißachtet und verletzt, wenn dieses Prinzip wegen des unvermeidlichen Ablaufs der in § 626 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Zeit nicht verwirklicht werden könnte.

Für die Zeit nach der Rechtskraft des Ersetzungsbeschlusses ist keine besondere Frist zur Abgabe der Kündigungserklärung des Arbeitgebers in § 103 Abs. 2 BetrVG festgelegt. Vielmehr ist es selbstverständlich, daß nunmehr der Arbeitgeber die Kündigung unverzüglich erklärt. Der Aufschub der Zweiwochenfrist kann nicht länger dauern als bis der unvermeidliche Ersetzungsbeschluß des Gerichts rechtskräftig ist. Das Bundes-

arbeitsgericht hat auch in diesem Zusammenhang auf das Schwerbehindertengesetz¹⁾ zurückgegriffen und § 18 Abs. 6 daselbst entsprechend angewandt, wo es heißt: Die Kündigung kann auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird.²⁾ Treffend bemerkt hierzu Wilfried Schlüter³⁾, daß der Arbeitgeber, nachdem er die Durchführung des Beschlußverfahrens beantragt hat, keine Überlegungsfrist mehr benötigt, ob die Kündigung ausgesprochen werden soll oder nicht.

c. Zusammenfassung

Fehlt es daher an der mindestens gleichzeitigen Zustimmung des Betriebsrats, so ist die außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers gegenüber einem Betriebsratsmitglied unwirksam. Zur rechtzeitigen Äußerung kann der Betriebsrat vom Arbeitgeber, wenn dieser die Frist des § 626 Abs. 2 BGB wahren will, durch die Aufforderung, sich gemäß § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG binnen 3 Tagen zu äußern, veranlaßt werden. Äußert sich der Betriebsrat auf diese Aufforderung nicht, so gilt sein Schweigen als Ablehnung der Zustimmung zur Kündigung in den Fällen des § 103 BetrVG. Die Ablehnung

1) in der Fassung vom 29.4.1974, BGBl I S. 1006

2) Vgl. Urteil v. 24.4.1975 - 2 AZR 118/74 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8

3) Anmerkung zum Beschluß des BAG v. 22.8.1974 - 2 AER 17/74 - in EzA 28 vom 9.12.1975 (BetrVG § 103, 6) am Ende von Abschnitt IV

der Zustimmung des Betriebsrats kann auf Antrag des Arbeitgebers gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitsgericht ersetzt werden. Zur Wahrung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB genügt es in diesem Falle, wenn der Arbeitgeber die Entscheidung des Gerichts innerhalb der genannten Frist beantragt und unverzüglich nach Rechtskraft des Ersetzungsbeschlusses dem Arbeitnehmer kündigt.¹⁾

III. Schutz im staatlichen Bereich gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers

1. Die Kündigungsschutzklage

Zur Klärung von Rechtsstreitigkeiten stehen unabhängige Gerichte zur Verfügung, auf deren Tätigkeit die Beteiligten einen Anspruch haben.

Durch das Zusammenwirken aller Beteiligten bei der Bildung des Betriebsrates wird die staatliche Gerichtsbarkeit nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr treffen in ihr die staatlichen und sozialen Bereiche

¹⁾ Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 103 Rz 52 m.w.N.

menschlichen Zusammenlebens in arbeitsmäßiger und existentieller Hinsicht zusammen. Entsprechend dem Hauptanliegen der Arbeit sind die sich aus dem Zusammentreffen der Bereiche ergebenden Fragen nun im einzelnen zu erörtern.

Im primären staatlichen Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit stehen dem Arbeitnehmer, dem vom Arbeitgeber gekündigt worden ist, die Kündigungsschutzklage nach § 13 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 4 Satz 1 KSchG (Satz 2 ist nicht genannt) zu.¹⁾ Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Betriebsrat nach § 103 Abs. 1 BetrVG einer Kündigung zugestimmt hat. Die Einstellung des Betriebsrats zu einem seiner Mitglieder mag zwar für das Arbeitsgericht interessant sein, bindend ist sie jedoch für das Gericht nicht; soziale und staatliche Bereiche sind insoweit getrennt; das staatliche Gericht hat sogar die Aufgabe, die Berechtigung der Einstellung des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Rechts- und Sozialmäßigkeit der Kündigung nach § 13 KSchG zu überprüfen.

Die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers bleibt weiter auch dann zulässig, wenn die Zustimmung des Betriebsrats durch Beschluß des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 1 BetrVG ersetzt worden ist.²⁾ Dies geht

1) Dietz-Richardi, a.a.O., § 103 Rz 20; Kraft GK-BetrVG, a.a.O., § 103 Rz 15

2) Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 15a; Galperin-Löwisch, a.a.O., § 103 Rz 29; Stege-Weinspach-a.a.O., 3. 1662, S. 205; BAG v. 24.4.1975 - 2 AZR 118/74 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 1975, S. 1014 = DB 1975, S. 1610.

schon daraus hervor, daß das Arbeitsgericht als Prozeßgericht auch im Kündigungsprozeß weithin über Fragen zu entscheiden hat, mit denen das nach § 103 Abs. 2 BetrVG angerufene Arbeitsgericht im Beschlußverfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, §§ 80 ff ArbGG) nicht befaßt war, angefangen mit der Frage, ob die Kündigung innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden ist, ob das Arbeitsgericht als Beschlußgericht rechtzeitig angerufen wurde, auch ob die Anrufung zur Fristwahrung genügt, kurz über alle Verfahrensfragen.

Außerdem sind die Unterschiede zwischen den Gerichtsfunktionen zu beachten:

Im Beschlußverfahren entscheidet das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers über die Meinungsverschiedenheit zwischen diesem und dem Betriebsrat und ersetzt, wenn die außerordentliche Kündigung "unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt" ist, also nach Prüfung der Rechtslage weithin nach pflichtgemäßem Ermessen,¹⁾ die eine Seite des Betriebsverwaltungsaktes: die Zustimmung des Betriebsrates. Dagegen entscheidet das Arbeitsgericht als Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit im Prozeß nur über die einschlägigen Tatsachen und Rechtsfragen, auch über seine eigene Zuständigkeit zur Entscheidung darüber, ob die festgestellten Umstände einen wichtigen Grund

¹⁾ Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 14; Galperin-Löwisch, a.a.O., § 103 Rz 23; Stege-Weinspach, a.a.O., 3. 1662, S. 204

für die Kündigung ergeben. Des Rechtsschutzbedürfnis für die Kündigungswiderspruchsklage kann in folgedessen wegen eines die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung ersetzenden Beschlusses des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht verneint werden.¹⁾ Die gegenteilige Ansicht²⁾ verkennt daher das Verhältnis von Beschluß- und Prozeßverfahren und die Verschiedenheit der Streitgegenstände in beiden Fällen.

2. Frage der Gerichtsbindungen

Eine ganz andere Frage ist die Frage nach der Bindung des Arbeitsgerichts als Prozeßgericht im Kündigungsschutzprozeß an den Ersetzungsbeschluß des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG.

a. Eingrenzung der Problematik

Die Antwort ist einfach bezüglich aller derjenigen Fragen, über welche vom Arbeitsgericht im Beschlußverfahren nicht entschieden worden ist. Dies sind insbesondere die formellen Fragen der Fristwahrung

1) Vgl. Die Übersicht über das Schrifttum bei Fitting-Auffarth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 15a BetrVG und in der Anmerkung von Wilfried Schlüter zum Beschluß des BAG v. 22.8.1974 in EzA v. 9.11.1975, BetrVG 1972, § 103, 6.

2) Kraft, a.a.O., GK-BetrVG § 103 Rz 17, Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl. 1974, S. 226 f. Adomeit, DB 1972, S. 2364; Hanau, a.a.O., BB 1971, S. 489.

(für die Beteiligung des Betriebsrats und für die Anrufung des Arbeitsgerichts zum Ersetzen der abgelehnten Betriebsratszustimmung).

Die Antwort ist dagegen schwierig bezüglich derjenigen Fragen, über welche das Arbeitsgericht schon im Beschlußverfahren zu entscheiden und entschieden hat. Hierzu gehört, da das Arbeitsgericht im Rahmen von § 103 Abs. 2 BetrVG über den Ersatz der Betriebsratszustimmung zu befinden hat, zwangsläufig die für diese Zustimmung entscheidende Frage, ob ein wichtiger Grund für die Kündigung vorgelegen hat.

Ob ein wichtiger Grund später eingetreten ist und ob gegebenenfalls ein solcher Grund vom Arbeitsgericht als Prozeßgericht zu berücksichtigen ist, unterliegt dagegen wieder mit Sicherheit der Beurteilung durch das Arbeitsgericht als Prozeßgericht.

b. Die Streitfrage nach der Bindung

Die Frage nach der Bindung des Arbeitsgerichts als Prozeßgericht im Kündigungsschutzprozeß an den Ersetzungsbeschluß des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG spitzt sich daher weithin auf die oben herausgestellte Frage nach der Bindung des Prozeßgerichts an die Entscheidung des Beschlußgerichts über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB zu.

Die Antwort auf diese Frage ist besonders stark umstritten.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung¹⁾ das Beschlußverfahren beim Arbeitsgericht nach § 103 Abs. 2 BetrVG von einem Regelungsstreit bei einer Einigungsstelle, deren Zuständigkeit nach § 102 Abs. 6 BetrVG von den Betriebsoartnern vereinbart werden kann, deutlich abgegrenzt:

Aus dem Unterschied zwischen den Aufgaben einer solchen Einigungsstelle und des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG hat das Bundesarbeitsgericht hergeleitet, daß das Gericht "nicht nach pflichtmäßigem Ermessen Meinungsverschiedenheiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber zu regeln", sondern "Rechtsfragen zu entscheiden" habe, "d.h. durch verbindlichen Spruch zu bestimmen, was nach den geltenden Bestimmungen im Einzelfall rechtens ist". Hieraus folgert das Bundesarbeitsgericht²⁾ weiter, daß das Arbeitsgericht bereits im Beschlußverfahren auf Grund von § 103 Abs. 2 BetrVG über die Frage des wichtigen Grundes zu entscheiden habe. Der Kündigungsrechtsstreit sei in das Beschlußverfahren "vorverlagert".

Diesen Begriff hat das Bundesarbeitsgericht später weiter entwickelt und ausgeführt, die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren nehme "praktisch den Kündigungsschutzprozeß vorweg". Die Entscheidung im Beschlußverfahren habe präjudizielle Bedeutung für den

1) Urteil v. 26.8.1974 - 2 ABP 17/74 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 6 = AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 1974, S. 1578 = DB 1974, S. 2310

2) Urteil v. 24.4.1975 - 2 AZr 118/74 - EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 8 = AP Nr. 3 zu § 103 BetrVG 1972 = BB 1975, S. 1014 = DB 1975, S. 1610.

Kündigungsschutzprozeß.¹⁾ Denn durch den die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzenden Gerichtsbeschluß werde "zugleich festgestellt, daß für die Ersetzung ein Gestaltungs- oder Verpflichtungsgrund bestanden" habe, "weil die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigt wäre". Die Wirkung der Feststellung gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer leitet das Gericht aus § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG her; die Grenzen der Präklusionswirkung entnimmt es u.a. aus §§ 616 und 767 Abs. 2 ZPO.

Versucht man eine eigene Stellungnahme, so ist hierfür methodisch eine Grundlage zu schaffen.

3. Lösungsvorschlag

Da es um die Abgrenzung von Verfahrensarten mit den sie abschließenden Entscheidungen geht, ist zunächst Einsicht in das Wesen der verschiedenen Verfahrensarten zu gewinnen.

Dem Bundesarbeitsgericht ist darin beizutreten, daß zwischen der Einigungsstelle und dem vor sie nach § 102 Abs. 6 BetrVG gebrachten Regelungsstreit einerseits und dem Arbeitsgericht auch im Beschlußverfahren auf Grund von § 103 Abs. 2 BetrVG andererseits erhebliche theoretische und praktische Unterschiede bestehen, über denen aber auch der Unterschied zwischen dem ar-

¹⁾ EzA v. 29.10.1975 BetrVT 1972, § 103, 8, BAG vom 22.8.1974 und 24.4.1975, a.a.O.

beitsgerichtlichen Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG und dem arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren im Kündigungsschutzprozeß nicht zu vernachlässigen ist. Um diese Unterschiede zu erfassen und aus ihnen für die Frage nach der Bindung des Arbeitsgerichts im Urteilsverfahren an die Entscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren (besonders über das Vorliegen eines wichtigen Grundes) zu gewinnen, sind die entscheidenden Merkmale der verschiedenen Verfahren und ihres jeweiligen Abschlusses zu beachten.

Von der Einigungsstelle¹⁾ wird im Regelungsverfahren vorausschauend die zu ordnende spezielle Frage oder ein betrieblicher Fragenbereich gestaltet. Vom Gericht wird dagegen auch im Beschlußverfahren zurückblickend ein in der Vergangenheit liegendes Ergebnis beurteilt.

Dieser Unterschied gilt auch für die Tätigkeit einer durch Vereinbarung der Betriebspartner nach § 102 Abs. 6 BetrVG geschaffenen Einigungsstelle im Vergleich mit der Beschlußfassung des Arbeitsgerichts auf Grund von § 103 Abs. 2 BetrVG, obgleich es sich in beiden Fällen zunächst, wenngleich nicht allein (da auch ein neuer Inhalt gefunden werden kann) um eine - dort vereinbarte, hier gesetzlich vorgesehene - Divergenzentscheidung handelt. Der gekennzeichnete Unterschied zeigt sich daher auch bei der Abgrenzung von Regelungsverfahren und Beschlußverfahren in den Fällen der §§ 102 Abs. 6

¹⁾ Brill, Die Einigungsstelle nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BB 1972, S. 178.

und 103 Abs. 2 BetrVG: Die Einigungsstelle hat auf Antrag eines der Betriebspartner oder beider auf der Grundlage der zu ihrer Anrufung führenden Geschehnisse für die künftige Gestaltung der Rechtslage des gekündigten Arbeitnehmers und der Beziehung zwischen den Betriebspartnern zu sorgen, zunächst einmal eine gütliche Einigung zu versuchen und erst beim Scheitern des Versuchs eine möglichst allseits befriedigende Regelung für die Zukunft vorzunehmen.

Demgegenüber entscheidet in den Fällen des § 103 Abs. 2 BetrVG das Arbeitsgericht als Beschluß- und Betriebsverfassungs- oder -verwaltungsgericht auf Antrag des Arbeitgebers über das in der Vergangenheit liegende Ereignis: Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Kündigung des Arbeitgebers gegenüber einem Betriebsratsmitglied oder einem anderen Betriebsfunktionär. Mithin hat das Gericht als Gericht, nicht nach Art einer Einigungsstelle, zu entscheiden.

Im einzelnen zeigt sich für das Beschlußverfahren:

Durch die Eigenart des gerichtlichen Verfahrens im Vergleich mit dem Regelungsverfahren bei der Einigungsstelle wird zwar nicht ausgeschlossen, daß das Gericht - wie auch sonst insbesondere das Arbeitsgericht - eine gütliche Einigung zwischen den Verfahrensbeteiligten versucht. Am Ende steht aber beim Gericht die Entscheidung über die in der Vergangenheit liegende Frage, hier die Frage, ob die Ablehnung der Zustimmung durch den Betriebsrat richtig war.

Daß das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung nach dem Wortlaut des § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats ersetzen "kann", bedeutet daher auch nicht, daß das Gericht wie eine Einigungsstelle die künftigen Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach freiem Ermessen ohne Rücksicht auf die Rechtslage gestalten könnte.¹⁾ Vielmehr wird durch das Wort "kann" in § 103 Abs. 2 BetrVG das Arbeitsgericht zur Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ermächtigt. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG gehört insoweit in die Kategorie der Divergenzentscheidungen, wie sie sich beispielsweise in Plenarentscheidungen über Meinungsverschiedenheiten in Rechtsfragen zwischen mehreren Senaten eines obersten Gerichts finden (vgl. zu § 45 Abs. 2 ArbGG, §§ 136 f. CVG), mit der Besonderheit, daß in § 103 Abs. 2 BetrVG die Meinungsverschiedenheit zwischen einer Individualperson (Arbeitgeber) und einer Gruppeninstanz (Betriebsrat) besteht und der Staat zur Entscheidung über die Meinungsverschiedenheit berufen ist. Auch hier ist aber eine Entscheidung über den Gegenstand der Divergenz zu fällen. Nach diesem Gegenstand richtet sich der Umfang der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis und -pflicht. Denn Divergenzen sind nicht durch Entscheidungen über einen Teil der Meinungsverschiedenheiten zu erledigen. Soweit daher Divergenzen rechtlich zulässig sind, muß darüber entschieden werden.

1) Dütz, Zwangsschlichtung im Betrieb - Kompetenz und Funktion der Einigungsstelle nach dem BetrVG 1972, DB 1972, S. 383 ff. (388 f.)

In den Fällen des § 103 Abs. 2 BetrVG sind Divergenzen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nicht nur über Rechtsfragen möglich und zulässig. Insbesondere hat der Arbeitgeber keinen Anspruch gegen den Betriebsrat darauf, der Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer zuzustimmen. Aus dem Gesetz ist eine solche Verpflichtung nicht ersichtlich. Vielmehr folgt aus dem Wesen der im Gesetz allein genannten "Zustimmung" die Freiheit und Unabhängigkeit des zur Entscheidung über seine Zustimmung Berufenen von der Auffassung des Mitberechtigten, des Partners beim gemeinsamen Akt. Selbst wenn also im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein wichtiger Grund zur Kündigung für den Arbeitgeber vorliegt, ist der Betriebsrat nicht daran gehindert, die Zustimmung zur Kündigung aus sozialen oder allgemeinmenschlichen Gründen zu verweigern.

Demgemäß hat auch das zur Divergenzentscheidung nach § 103 Abs. 2 BetrVG berufene und vom Arbeitgeber angerufene Arbeitsgericht über alle zwischen den Betriebspartnern streitigen Gesichtspunkte bei ihrer Meinungsverschiedenheit bezüglich einer Kündigung zu entscheiden. Hierzu gehören nicht nur Rechtsfragen, sondern auch Ermessensfragen, über welche die Betriebspartner sich nicht verständigen können.¹⁾

Daß über streitige Rechtsfragen zu entscheiden ist, folgt schon aus dem Charakter des Arbeitsgerichts als Gericht, das es auch im Beschlußverfahren ist.

¹⁾ Leipold, Die Einigungsstellen nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld, 1973, S. 273 ff. (288).

Zu der Ermessensfrage hat zwar das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluß¹⁾ ausgeführt, es steht "nicht im Ermessen des Gerichts, ob es die Zustimmung ersetzen will, wenn die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sind". Demgegenüber ist jedoch zu erwägen: Wenn die Ermessensfrage vor das Gericht - und sei es von Seiten des Antragsgegners - gebracht worden ist, muß das Arbeitsgericht auch über eine diesbezügliche Divergenz entscheiden. Hierzu wird das Arbeitsgericht vom Gesetz selbst angewiesen, das ausdrücklich die "Berücksichtigung aller Umstände" verlangt. Durch diese Forderung wird nicht nur auf den unbestimmten Rechtsbegriff des in der "außerordentlichen" Kündigung mitgegebenen "wichtigen Grundes" nach § 626 Abs. 1 BGB, sondern auch auf die gesamten in Betracht kommenden Ermessensfragen die Prüfung dem Gericht zur Pflicht gemacht. Denn "alle Umstände" enthalten nicht einen unbestimmten Rechtsbegriff.

Schließlich ist in der Fassung des § 103 Abs. 2 BetrVG zu beachten, daß das Arbeitsgericht nicht lediglich zur Entscheidung über fremde Entschlüsse, sondern zugleich dazu ermächtigt worden ist, seine Entscheidung in der Weise zu treffen, daß sie als Ersatz an die Stelle der Entscheidung des Betriebsrats tritt.

Aus alledem folgt für das Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG:

¹⁾ Urt. v. 22.8.1974, a.a.O., unter III. 1 Absatz 2

1. Das Arbeitsgericht hat zum einen zu prüfen, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zur Kündigung des Arbeitgebers rechtsirrig verweigert hat. Hierbei hat das Gericht auch darüber zu entscheiden, ob der Betriebsrat die Zustimmung rechtsirrig deswegen abgelehnt hat, weil er das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Kündigung - möglicherweise unter Verkennung des für diesen unbestimmten Rechtsbegriffs gegebenen Beurteilungsspielraums - zu Unrecht verneint hat.¹⁾
2. Zum anderen hat das Arbeitsgericht darüber zu befinden, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zur Kündigung ermessensfehlerhaft verweigert hat, also auch darüber, ob er bei dieser Ablehnung - wenn das Gericht "alle Umstände" beachtet - im Rahmen des dem Betriebsrat zustehenden Ermessens Recht und Billigkeit gegeneinander abgewogen hat.
3. Was schließlich die Reichweite der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren angeht, so wird das Gericht ermächtigt, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen. Ersetzen kann jedoch nichts anderes heißen, als die eigene Entscheidung an die Stelle des anderen, hier des Betriebsrats, zu setzen. "Das Gericht prüft den Beschluß nicht etwa nur auf Ermessensfehler hin nach; es trifft vielmehr eine Rechtsentscheidung."²⁾

1) Etzel, a.a.O., S. 88; Lepke, a.a.O., S. 899

2) Kammann, Hess, Schlochauer, a.a.O. § 103 Rz 48 m.w.N.

4. Bei der Untersuchung des Beschlußverfahrens und einer daselbe abschließenden Entscheidung nach § 103 Abs. 2 BetrVG tritt weiter eine Besonderheit hervor. In diesem Beschlußverfahren ist die Ersatzentscheidung des Arbeitsgerichts in den durch § 103 Abs. 2 BetrVG gezogenen Grenzen endgültig und muß daher eindeutig sein. "Ersatz" als Teil- oder vorläufiger Ersatz ist somit unstatthaft. Infolgedessen kann das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG nicht (wie sonst) eine einstweilige Verfügung erlassen, durch welche die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt würde.¹⁾
5. Die Befugnis zur eigenen Gestaltung der Rechtslage widerspricht schließlich nicht dem Wesen einer Divergenzentscheidung, wie sie im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erkannt wurde. Denn auch bei der Entscheidung über divergierende Meinungen von Rechtsfragen in den Fällen der §§ 45 Abs. 2 ArbGG und 136, 137 GVG steht dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts bzw. des Bundesgerichtshofs nicht nur eine Erörterung der Rechtslage wie in den Entscheidungsgründen eines im Parteiprozeß ergangenen Urteils, sondern die Festlegung eines mittels Auslegung zu findenden Rechtes, ja sogar in den Fällen des § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG und 137 GVG die Fortbildung des Rechtes zu. Darüberhinaus hat die Divergenzentscheidung des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren nicht

¹⁾ So auch Achim Lepke, a.a.O., S. 894 ff. (899/900).

allein Rechtsfragen, sondern auch Ermessensfragen zum Gegenstande.

6. Bei der Ersatzfunktion der Gerichtsentscheidung in § 103 Abs. 2 BetrVG ist aber auch zu beachten, daß aus dem Begriff des Ersatzes folgt, daß der Inhaber der Ersatzbefugnis keine größeren Rechte hat als das Organ, dessen EntschlieÙung ersetzt wird. Infolgedessen kann das Arbeitsgericht zwar die Zustimmung zur Kündigung wie der Betriebsrat aus sozialen Gründen ablehnen. Das Arbeitsgericht ist aber ebensowenig wie der Betriebsrat befugt, einer Kündigung gegenüber einem Betriebsratsmitglied zuzustimmen, wenn es an einem wichtigen Grund für die Kündigung fehlt.
7. Demnach befindet das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren nach § 102 Abs. 2 BetrVG sowohl über die Rechts- als auch über Ermessensfragen. Die Zustimmung ersetzen darf das Arbeitsgericht aber nur dann, wenn nach seiner Überzeugung ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt, und demgegenüber kein sozialer, allgemeinemenschlicher oder betrieblicher Anlaß anzuerkennen ist, gleichwohl das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten.

Dagegen entscheidet das Arbeitsgericht als Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit im Prozeß nur über die einschlägigen Tatsachen - und Rechtsfragen. Da das Arbeitsgericht als Prozeßgericht nach Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer als Betriebsratsmitglied nur auf dessen

Klage nach § 13 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und §§ 5-7 KSchG tätig wird, kommt das Arbeitsgericht als Prozeßgericht nicht in die Lage, über eine auf Ermessen beruhende, im Beschlußverfahren vom Arbeitsgericht ausgesprochene Ablehnung der Ersatzzustimmung zu entscheiden.

Wenn dagegen das Arbeitsgericht im Beschlußverfahren die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung seitens des Arbeitgebers aus Ermessensgründen ersetzt, so ist es dem Arbeitsgericht als Prozeßgericht aus seiner aus dieser Stellung folgenden Beschränkung auf Rechts- und Tatsachenfragen nicht verwehrt, die Richtigkeit der Ermessensausübung im Vergleich mit dem Vorliegen eines wichtigen Grundes nachzuprüfen. Denn bei einem solchen Vergleich steht die Ermessensgrenze und damit eine Rechtsfrage zur Entscheidung.

Es ist daher nur die Frage zu untersuchen, ob das Arbeitsgericht als Prozeßgericht auf die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber an seinen (des Arbeitsgerichts) Beschluß gebunden ist, mit dem es die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzt hat.

Aus den gewonnenen Einsichten wäre die Frage zu verneinen, da Beschluß- und Urteilsverfahren verschieden gear- tet sind und im Beschlußverfahren zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, im Urteilsverfahren zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Entscheidung getroffen bzw. gefällt wird.

Die Verschiedenheit der Personen, nicht der Verfahren, wird jedoch in § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG durch die ausdrückliche Anordnung überbrückt, daß der betroffene Arbeitnehmer in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht Beteiligter ist.¹⁾

Die Tragweite dieser Vorschrift ist umstritten.²⁾ Zwar kann es nicht zweifelhaft sein, daß durch den Ersatzbeschluß des Arbeitsgerichts, der im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG ergangen ist, nicht das Urteil des Arbeitsgerichts im Kündigungsschutzprozeß über ein zeitlich nach dem Beschluß liegendes Ereignis eingeschränkt sein kann. In dem Kündigungsschutzprozeß des Arbeitnehmers hat daher das Arbeitsgericht zu prüfen und zu entscheiden, ob der Arbeitgeber nach Rechtskraft des die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzenden Beschlusses ohne schuldhaftes Zögern dem Arbeitnehmer gekündigt hat.³⁾ Dagegen herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum keine Einigkeit über die Tragweite von § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG in Verbindung mit §§ 83, 35 ArbGG. Während die einen⁴⁾

-
- 1) Gumpert, Kündigung und Mitbestimmung, in BB 1972, S. 47 ff. (51)
 - 2) Einzelheiten sogleich in den folgenden Anmerkungen.
 - 3) So auch BAG v. 24.4.1975 in dem oben erwähnten Urteil.
 - 4) Gerhard Etzel, a.a.O., S. 1017 ff., 1923, gleicher Ansicht Achim Lepke, a.a.O., S. 894 ff. Wieder andere lassen die Rechtskraftwirkung des arbeitsgerichtlichen Ersatzbeschlusses nur für die dem Arbeitsgericht zur Zeit seiner Beschlußfassung bekannten tatsächlichen Gründen gelten, schließen für diese aber die nochmalige Prüfung und Beachtung im Kündigungsschutzprozeß aus. Diese partielle Präklusionswirkung des arbeitsgerichtlichen Ersatzbeschlusses nimmt vor allem das Bundesarbeitsgericht in seinem

das Arbeitsgericht als Prozeßgericht in allen Instanzen an die Bejahung des wichtigen Grundes durch das Arbeitsgericht in einem rechtskräftigen Beschluß, der die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung ersetzt, binden wollen, weil durch die Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts zu der Kündigung des Arbeitgebers das Vorliegen eines wichtigen Grundes auch gegenüber dem Arbeitnehmer auf Grund von § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG rechtskräftig, mindestens mit Präklusionswirkung festgestellt sei¹⁾, lehnen andere eine solche Bindung oder Wirkung ab²⁾, weil es sich im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG und im Kündigungschutzprozeß nach §§ 13, 15 KSchG um verschiedene Verfahren handele. Diese Schriftsteller gehen nicht an § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG vorbei, sondern führen auch im Hinblick auf diese Vorschrift aus, "bei der

4) Fortsetzung von S.193
Urteil vom 24. April 1975 . Anmerkungen von Wilfried Schlüter zum Beschluß des BAG vom 22.8.1974 - 2 ABR 17/74 (EzA 12/13) vom 3.3.1975 zum BetrVG 1972, § 103, 6) und von Wilhelm Dütz zum Beschluß des BAG vom 24.4.1975 - 2 AzR 118/74 (EzA vom 19.10.1975 zum BetrVG 1972 § 103, 8). Vgl. auch Dietz-Richardi a.a.O., Rz 16 ff. zu § 103 und dazu Wilhelm Herschel in der Anm. zum Beschluß des BAG vom 20.3.1975 - 2 ABR 111/74 - EzA 27 vom 29.10.1975 zum BetrVG 1972, § 107.7.

1) Dietz-Richardi, a.a.O., § 103 Rz 26, Fitting-Auf-farth-Kaiser, a.a.O., § 103 Rz 15a, Galperin-Lö-wisch, a.a.O., § 103 Rz 29.

2) Meisel, a.a.O., S. 226 f., Adomeit, a.a.O., DB 1971, S. 2364, Hanau, a.a.O., BB 1971, S. 489.

Entscheidung im Beschlußverfahren" erwachse "nur in Rechtskraft", "daß die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung ersetzt" sei; diese Rechtskraft der auch für und gegen den Arbeitnehmer rechtsgestaltenden Entscheidung bewirke lediglich, "daß der betroffene Arbeitnehmer in anderen Rechtsstreitigkeiten mit dem Arbeitgeber nicht geltend machen kann, die gerichtliche Entscheidung über Zustimmung des Betriebsrats sei zu Unrecht erfolgt".

Dem ist beizutreten. Soweit das Arbeitsgericht als Prozeßgericht über denselben Streitgegenstand zu entscheiden hat, über den es als Beschlußgericht befunden hatte, kann das Arbeitsgericht als Prozeßgericht nicht von seinem Beschluß abweichen.

Die Bindung des Arbeitsgerichts an die arbeitsgerichtliche Vorentscheidung über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung ergibt sich aus einem allgemeinen, jede Schwierigkeit der Verbal- und Sinnesauslegung von § 103 Abs. 2 Satz 2 BetrVG hinter sich lassenden Rechtsgrundsatz. Gemeint ist der Rechtsgrundsatz der Konsequenz allen rechtlichen Handelns. Er beherrscht das gesamte Rechtsleben, enthält im Privat- und Arbeitsrecht das Verbot des "venire contra factum proprium", sichert im Verwaltungsrecht zur Wahrung des Vertrauensschutzes das Festhalten des Bürgers und das Festgehaltenwerden der öffentlichen Körperschaft an einem behördlich geschaffenen oder zugelassenen Tatbestand oder einer irrtümlichen Entscheidung, schützt schließlich im sozialen Rechtsstaat (Art. 20, 28 GG) allgemein vor Willkür, insbesondere auch willkürlicher Aufhebung oder Veränderung bestehender Rechtsverhältnisse oder

Rechtslagen durch Gesetze, denen unter Verletzung erworbener Rechte (z.B. des Eigentums nach Art. 14 GG) rückwirkende Kraft beigelegt wird.

Im Interesse der Rechtssicherheit ist es daher auch zu vermeiden, daß dasselbe Gericht in derselben Zusammensetzung bei gleichbleibendem Tatbestand und gleichbleibender Gesetzgebung sowie gleichgebliebener allgemein gesicherter Rechtsansichten als Prozeßgericht das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB verneint, obwohl es als Beschlußgericht bei dem Ersatz der Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung einen wichtigen Grund zur Kündigung angenommen hatte.¹⁾ Ein willkürliches Abweichen von dem soeben vertretenen Standpunkt würde gegen den das gesamte Rechtsleben beherrschenden und daher auch für den Staat und seine Gerichtsbarkeit geltenden Rechtsgrundsatz der Konsequenz alles rechtlichen Handelns verstoßen.

Damit ist zugleich ein Kriterium für klare Unterscheidungen gewonnen: Durch den Rechtsgrundsatz der Konsequenz wird die Grenze festgelegt, bis zu welcher die Bindung des Prozeßgerichts an den Zustimmungersatz des Beschlußgerichts reicht und jenseits derer die Entscheidungsfreiheit des Prozeßgerichts beginnt. Wo die Konsequenz keine Entscheidungsgleichheit verlangt - was praktisch leicht festzustellen ist -, ist das Arbeitsgericht als Prozeßgericht an die Entschließung des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG auch be-

¹⁾ Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 103 Rz 56 m.w.N.

züglich des wichtigen Grundes nach § 626 Abs. 1 BGB nicht gebunden.

Dies sei in einigen Einzelheiten dargetan:

Wenn einem Arbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied ist, wegen Verdachtes¹⁾ einer strafbaren Handlung gekündigt worden ist und das Arbeitsgericht gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG die vom Betriebsrat abgelehnte Zustimmung zur Kündigung unter Anerkennung eines wichtigen Grundes ersetzt hat, so kann das Arbeitsgericht als Prozeßgericht im Kündigungsschutzprozeß von der Annahme eines wichtigen Grundes abweichen, wenn sich zeitlich nach der Beschlußfassung des Arbeitsgerichts (§ 103 Abs. 2 BetrVG) ergeben hat, daß der Verdacht unbegründet war.

Was das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24. April 1975²⁾ für die Aufklärung des Verdachts bezüglich einer Fälschung von Zeitrachweisen durch Vorstellen einer Zeituhr ausgeführt hat, gilt für jede andere Verdachtskündigung, die mit der Ersatzzustimmung des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG auf Grund von § 626 BGB bestätigt worden war und sich im Kündigungsschutzprozeß als ungerechtfertigt herausstellt, weil der Verdacht inzwischen beseitigt worden ist.

1) Was nach Lage des Falles, insbesondere der Schwere des Verdachts und der verantwortlichen einschlägigen Stellung des Arbeitnehmers zulässig und wirksam sein kann.

2) BAG - 2 AZR 118/74, a.a.O.

Weiter ist der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß nicht gehindert, neue Tatsachen geltend zu machen,¹⁾ die entweder die Kündigung wegen Formfehlers, Gesetz- oder Sittenwidrigkeit als nichtig oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder mangelnder Vertretungsmacht des Kündigenden als unwirksam erscheinen lassen oder Gegengewichte gegen den wichtigen Grund darstellen.

Das Bundesarbeitsgericht nennt auch noch den Fall der Verwirkung des Kündigungsrechts. Allerdings ist vom Bundesarbeitsgericht a.a.O. in einer seiner Beispielsgruppen bemerkt, daß sich "neue tatsächliche Umstände ergeben hätten". Indessen kann es auch abgesehen von den Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründen, die zwangsläufig im Augenblick der Kündigung vorliegen, nicht darauf ankommen, ob die Tatsachen, welche Gegengewichte gegen den wichtigen Grund zur Kündigung darstellen, sich vor oder nach dem Beschlußsatz der Betriebsratszustimmung ereignet haben.²⁾ Entscheidend kann, auch bei Anwendung der Grundgedanken des Bundesarbeitsgerichts, nur sein, ob die Tatsachen dem Beschlußgericht bekannt waren; auch nach dem Sachverhalt des BAG-Urteils vom 24. April 1975 waren die den Verdacht klärenden Tatsachen objektiv bereits zur Zeit der Beschlußfassung des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG vorhanden.

1) Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 103 Rz 56

2) Kammann/Hess/Schlochauer, a.a.O., § 102 Rz 39-42, mit ausführlichen Nachweisen auf Rechtsprechung und Literatur.

"Neu" sind mithin für das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozeß alle Tatsachen, die dem Arbeitsgericht als Beschlußgericht subjektiv unbekannt waren. Ersetzt wird in den Fällen des § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats vom Gericht nur auf Grund der dem Gericht bekannten Lage. Dies folgt aus dem Wesen eines Willensaktes, wie es auch ein Gerichtsbeschluß ist, und aus der Auslegung eines solchen Willensaktes.

Eine ganz andere Frage ist es, ob der Arbeitnehmer noch im Kündigungsschutzprozeß zu seiner Entlastung gegen die Wirksamkeit oder Gewichtigkeit der Kündigung mit Erfolg Gründe vorbringen kann, die ihm schon vor der Beschlußfassung des Arbeitsgerichts nach § 103 Abs. 2 BetrVG bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen und die er daher im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG hätte vorbringen können. Das Bundesarbeitsgericht schließt in dem Urteil vom 24. April 1975 die Berücksichtigung von Tatsachen aus, die eine Partei in dem früheren Verfahren erfolglos geltend gemacht oder hätte geltend machen können. Eine "Begrenzung der Präklusionswirkung", wohl auch schon die Präklusionswirkung selbst, leitet das Bundesarbeitsgericht aus § 616 und 767 Abs. 2 ZPO her. Aber was für das Verhältnis zwischen zwei Urteilsverfahren zwischen denselben Parteien - in einem Fall noch dazu für die Besonderheit eines Ehescheidungsprozesses - gilt, kann nicht analog herangezogen werden für das Verhältnis eines Beschlußverfahrens zu einem Urteilsverfahren, wenn der Kläger in diesem auch Mitbeteiligter in jenem war.

In Betracht kann daher in derartigen Fällen nur kommen, daß der Kläger des Kündigungsschutzprozesses die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung oder seiner Gegengründe gegen die Kündigungsgründe verwirkt hat.¹⁾ Wenn es sich aber um Tatsachen handelt, auf welche im Kündigungsschutzprozeß erstmalig die Einrede der Nichtigkeit der Kündigung gestützt wird, ist die Replik der Verwirkung mit Vorsicht zu behandeln. Dies mag an folgendem Fall erläutert werden: Die Chefsekretärin C, die zugleich Betriebsratsmitglied ist, hatte mit ihrem Arbeitgeber A mehrere Jahre hindurch ein Liebesverhältnis unterhalten, es jedoch gelöst, als sie den B kennenlernte, der sie - wie sie ihn - zu heiraten wünschte. A ersuchte daraufhin den Betriebsrat um Zustimmung zur Kündigung der C mit der Begründung, daß C neuerdings nachlässig arbeite. Der Betriebsrat lehnt die Zustimmung ab, das Arbeitsgericht ersetzt sie. Hier kann die C im Kündigungsschutzprozeß den wahren Grund der Kündigung erstmals geltend machen mit dem Hinweis, daß sie aus Rücksicht auf ihre Verbindung mit B, möglicherweise sogar auf A, über ihre Beziehung zu A und deren Ende bisher geschwiegen habe.

Wenn jedoch das Zuwarten nicht darauf beruht, daß die persönliche Lebenssphäre gewahrt wurde oder sonstige menschlich und rechtlich (z.B. nach Art. 1 oder 2 GG) anzuerkennende Motive vorlagen, kann das Geltendmachen von Gegengründen gegen die Kündigung zum Kündigungsschutzprozeß verwirkt sein. Dann beruht aber der Ausschluß (die Präklusion) nicht auf der Rechtskraftwirkung des Arbeitsgerichtsbeschlusses nach § 103 Abs. 2 BetrVG,

1) Adomeit, a.a.O., DB 1971, S. 2362

sondern auf den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsverwirkung, deren Grenzen daher genau einzuhalten sind.

Das Bundesarbeitsgericht beschränkt schließlich die Ausnahmen von der Rechtskraftwirkung der nach § 103 Abs. 2 BetrVG gefaßten Arbeitsgerichtsbeschlüsse auf tatsächliche Verhältnisse. Die rechtliche Qualifikation der Vorgänge durch das Arbeitsgericht als Beschlußgericht nach § 103 Abs. 2 BetrVG soll danach für das Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozeß offenbar verbindlich bleiben. Hiergegen können jedoch folgende Bedenken nicht unterdrückt werden:

Warum sollte ein Arbeitsgericht, das im Beschlußverfahren einen wichtigen Grund zur Kündigung angenommen und daher die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt hätte, nicht in der Lage sein, im Kündigungsschutzprozeß zu einer anderen, möglicherweise durch eine neuere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in einer anderen Sache geläuterten Rechtsansicht bezüglich des Begriffs des "wichtigen Grundes" zu gelangen? Sollte das Bundesarbeitsgericht selbst als Revisionsinstanz in einem Kündigungsschutzprozeß daran gehindert sein, einen Rechtsirrtum des Landesarbeitsgerichts zu beseitigen, wenn dieses Gericht im Beschlußverfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG zwar rechtskräftig, aber nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts unrichtig entschieden hatte, es liege (bei gleichem Tatbestand) ein wichtiger Grund zur Kündigung vor? Wie sollte sich das Landesarbeitsgericht im Falle der Aufhebung seines Urteils und Zurückverweisung der Sache durch das Bundesarbeitsgericht

anders verhalten als der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts zu folgen? Das Landesarbeitsgericht kann also in derartigen Fällen nicht an die eigene Auffassung im Beschlußverfahren gebunden sein. Es muß aber auch ohne die Weisung der Revisionsinstanz befugt sein, die eigene Rechtsauffassung zu revidieren. Das Entsprechende ist für das erstinstanzliche Arbeitsgericht als Prozeßgericht anzunehmen.

Das Eingestehen eines Rechtsirrtums würde auch durch den Rechtsgrundsatz der Konsequenz nicht ausgeschlossen werden. Die Bindung des Prozeßrichters gilt nur für den Zustimmungersatz nach Maßgabe der Sachlage und der Rechtseinsicht des auf den zur Zeit der Fassung vorhandenen Sachverhalt bezogenen Arbeitsgerichtsbeschlüssen.

Zusammengefaßt ergibt sich:

Die Entschliebung des Arbeitsgerichts im Beschlußverfahren, auf Grund von § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung des Arbeitsgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied ist, zu ersetzen, bindet in persönlicher Hinsicht wegen der Vorschrift des § 103 Abs. 3 Satz 2 BetrVG und in sachlicher Hinsicht im Rahmen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Konsequenz das Arbeitsgericht auch im Kündigungsschutzprozeß des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Betont darf werden: Nur im Rahmen dieser Konsequenz. Außerhalb derselben liegende, insbesondere zeitlich nach dem Ersetzungsbeschluß eingetretene oder bekannt gewordene Umstände binden den Prozeßrichter nicht.

S e c h s t e s K a p i t e l

Amt und Arbeitsplatz der Betriebsräte im Rechtssystem

Nach den zahlreichen Einzelheiten bis hinein in sehr speziell erscheinende Fragen, nun zurück zu der grundsätzlichen Bedeutung des jeweils Besonderen über das Konkrete hinaus. Mit den Grundsätzen wird zu den Grundlagen zurückzukehren sein, die im ersten Kapitel als Ausgangspunkte und Ziele der Erörterung genannt sind. Was am Anfang hypothetisch vor- und vorangestellt war, ist am Ende nach der Darstellung der im und vom Gesetz gebotenen und dargebotenen Rechtslagen und -beziehungen überprüfbar und zusätzlicher Erläuterung fähig geworden.

I. Bestätigung der Dreigliederung, Individuum, Gesellschaft, Staat im Betriebsleben

Zunächst fand sich im Lauf der Untersuchung die Erwartung bestätigt (deren Erfüllung im Text wiederholt bemerkt und angemerkt werden konnte), daß Amt und Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder die Dreigliederung des sozialen Lebens in der Bundesrepublik Deutschland in die Dreiheit von individuellen, gesellschaftlichen, staatlichen Beziehungen, begrifflich in die Dreiheit von Individuum, Gesellschaft und Staat

erkennen lassen. Dies ist anhand der (1.) Individualbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Beginn, Mitte und Ende des Arbeitsverhältnisses, (2.) der Einflußnahme hierauf, besonders bei Anfang und Ende, seitens des gesellschaftlich wirkenden Betriebsrats und schließlich (3) in der hilfsweise eintretenden staatlichen Hilfe (Subsidiaritätsprinzip) bei Ersatzentscheidungen des Arbeitsgerichts dargelegt worden.

II. Die Dreigliederung in der Einheit des Sozialitätsprinzips

Hierbei ist weiterhin ein Begriff immer deutlicher geworden, der ebenfalls eingangs genannt ist, und mit einem Wort den Gesamtzusammenhang und ganzheitlichen Zusammenhalt in der Dreigliederung zu charakterisieren, das Sozialitätsprinzip.

Es faßt die einzelnen Gestaltungen der Dreieinheit von individuellen, gesellschaftlichen und staatlichen Beziehungen zusammen, läßt sie in ständiger Bewegung und Entwicklung halten und in der Verbindung der drei Kräfte und Kraftträger das jeweils erforderliche einheitliche Ergebnis für Amt und Arbeitsplatz von Betriebsratsmitgliedern, besonders bei Anfang und Ende, herbeiführen.

In dieser Bedeutung ist das Sozialitätsprinzip nicht nur erkenntnismäßig über die Rechtserscheinung gebreitet, sondern selbst zugleich in den Beziehungen zwischen

Einzelmenschen, Menschengruppen und menschlichen Gruppierungen enthalten und von diesen Beziehungen hervorgebracht.

III. Das Sozialitätsprinzip im Rechtsverhältnis

Demgemäß hat das Sozialitätsprinzip seine begriffliche dynamische (= wirkende) Grundlage in menschlichen Beziehungen.

1. Die Theorie der Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung (Achterberg)

Mit ihnen mündet es in das System der Rechtsverhältnisse ein, die von Achterberg in seiner so bezeichneten Abhandlung als "Strukturelemente der Rechtsordnung" erkannt worden sind.¹⁾ Gerade auch im Zusammenhang von Amt und Arbeitsplatz von Betriebsratsmitgliedern finden sich die grundlegenden Einsichten bestätigt, die wir Achterberg verdanken: Das menschliche Leben besteht, pulst und wirkt als menschliches Zusammenleben in zwischenmenschlichen Beziehungen. Sie gestalten sich soziologisch und werden rechtlich gestaltet zunächst in einzelnen Rechtsverhältnissen meist wechselseitiger Art, gehen dann - auf der Basis der "Beziehungssoziologie" mit ihrem "verwickelten Netz von Geschehnissen oder Vorgängen"²⁾ - über und ein in

1) Achterberg, a.a.O. S. 285 ff.

2) Achterberg, a.a.O. S. 391

"rechtsnormgestaltete Beziehungen zwischen mehreren Subjekten"¹⁾, enden hierbei stets in einer "Rechtssubjektivität" mit Rechtssubjekten als "Endpunkten des Rechtsverhältnisses"²⁾. Diese Rechtsverhältnisse sind in verschiedenen Graden symmetrisch, auch asymmetrisch³⁾. Sie können von Gesetz und Recht vollständig und abschließend, aber auch nur teilweise (und Ausgestaltungen nach der jeweiligen konkreten Situation offenlassend) geordnet sein, wofür Achterberg die Ausdrücke "Volldetermination" und Teildetermination wählt.⁴⁾

2. Die Gliederung der Rechtsverhältnisse entsprechend der Dreigliederung

Diese Einsichten reichen vom Einzelrechtsverhältnis bis zur Staatsangehörigkeit als Rechtsverhältnis zwischen Staat und Staatsbürger⁵⁾ und lassen dazwischen Raum für Beziehungen, die weder in der Dekonzentration vom Staat in reich privater Sphäre noch in den konzentriert-hoheitlichen Bereichen von Staat oder Gemeinden, sondern in der Nähe vom Einzelnen und dennoch ohne Über- und Unterordnung mit Befehlen und Gehorchen,

1) Achterberg, a.a.O. S. 304

2) Achterberg, a.a.O. S.

3) Achterberg nennt und erläutert als Deutungsmöglichkeiten von Rechtsverhältnissen, asymmetrisch, symmetrisch oder disymmetrisch, auch polysymmetrisch.

4) Achterberg, a.a.O. S. 405

5) Im Unterschied zum reinen "Status" wie bei Georg Jellinek - s. dazu Achterberg, a.a.O. S. 386.

kurz im gesellig-gesellschaftlichen Raum, angesiedelt werden.

Geordnet sind diese Rechtsverhältnisse mehr oder weniger zwingend und vollständig in Statuten, die ebenfalls vom Individualverhältnis mit seinem Vertragsstatut bis zum Staatsangehörigkeitsverhältnis mit seiner Staatsverfassung als Gesamtstatut reichen. Dazwischen fügt sich nun auch die Betriebsverfassung als gesellschaftliches Statut im Betriebsverfassungsgesetz.

3. Die Durchführung der Gliederung im Betriebsleben

Auch in diesem Gesetz sind die Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung zu erkennen:

a. Das individuelle Rechtsverhältnis in dem meist auf Vertrag gegründeten Arbeitsrechtsverhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber,

b. das gesellschaftliche Rechtsverhältnis der Betriebsräte zum Arbeitgeber einerseits und zu den Arbeitnehmern des Betriebes andererseits, ein Rechtsverhältnis, in welchem die Stellung der Betriebsräte zwar auf deren Arbeitsrechtsverhältnis zum Arbeitgeber als erster inititierender und weiterhin basiserhaltender, bereits weitgehend gesellschaftlich (kollegial durch die übrigen Betriebsräte) und staatlich gesicherter Voraussetzung beruht, das Amt der

Betriebsräte aber darüber hinaus vom Gesetz zu einem besonders gearteten Rechtsverhältnis gegenüber den genannten Rechtssubjekten mit eigenen Befugnissen und Verantwortungen einschließlich Haftungsmöglichkeiten der Räte als qualifizierter, teilweise sogar zur Mitbestimmung aufgerufener Ratgeber entwickelt worden ist,

c. das staatliche Rechtsverhältnis, in welchem der Staat nicht nur originärhoheitlich richtend, sondern auch subsidiär helfend und ergänzend, auch bezüglich der Schaffung und Erhaltung von Amt und Stellung im Rechtsverhältnis, durch seine Arbeitsgerichte verwaltungsmäßig tätig wird.

Diese Rechtsverhältnisse sind im Sinne der oben dargelegten Begriffe symmetrisch auf einander bezogen voll determiniert durch die gemeinsame Sorge für das Wohl des Betriebes, Inhaber und Belegschaft. Sie sind daneben aber im Rahmen von Eingriffsmöglichkeiten wie Kündigung aus wichtigem Grund, in ihrem Ausmaß auch teildeterminiert, indem Begriffe wie "wichtiger Grund" einen gewissen Beurteilungsspielraum je nach der konkreten Situation offen lassen.

ABSCHLUSS: Die wechselseitige Bedeutung der Theorie der Rechtsverhältnisse und der Einsicht in die Struktur der Betriebsverfassung im Rahmen von Amt und Arbeitsplatz der Betriebsratsmitglieder

So zeigen sich auch im Betriebsverfassungsrecht bis in die Einzelheiten hinein Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung. Hierbei wird die Einsicht in das Wesen der Betriebsverfassung, in Amt und Stellung der Betriebsräte, durch die Erkenntnis, die Theorie der Rechtsverhältnisse gefördert. Umgekehrt darf vielleicht auch eine Analyse der Rechtsverhältnisse in Amt und Stellung der Betriebsräte als Beitrag zur Theorie der Rechtsverhältnisse als der Strukturelemente der Rechtsordnung dienen.

Lebenslauf

Am 3. Januar 1951 wurde ich als achttes Kind des damaligen Rechtsanwaltes, jetzigen Universitätsprofessors Dr. Günther Küchenhoff und seiner Ehefrau Eleonore geb. Klaus in Dortmund geboren.

Nach der Volksschule besuchte ich ab September 1960 das neusprachliche Siebold-Gymnasium in Würzburg, an dem ich im Juli 1970 die Reifeprüfung ablegte.

Anschließend studierte ich in Heidelberg, Münster, Genf und Würzburg Rechtswissenschaft. Am 16. Juli 1975 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt München ab.

Meinen Vorbereitungsdienst leistete ich ab Dezember 1975 als Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt ab, die sechsmonatliche Wahlstation an der Deutsch-Italienischen Handelskammer in Mailand und Rom. Am 16. März 1978 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung.

Seit 1979 bin ich als Rechtsanwalt tätig.

